القبض وأثره في العقود

رسالة ماجستير

مقدمة من الطالب

منصور عبد اللطيف منصور صوص

نوقشت هذه الأطروحة بتاريخ ٢٠٠٠/٦/١٢م وأجيزت

أعضاء اللجنة		التوقيع
الدكتور جمال احمد زيد الكيلاني	(رئيسا ومشرفا)	....
الدكتور أديب الحوراني	(عضوا)	....
الدكتور مروان القدومي	(عضوا)	....

بسم الله الرحمن الرحيم

الإهــداء

إلى روح والدي رحمه الله الذي زرع في نفسي منذ الصغـــر الاتجـاه نحـو العلم والمعرفة ...

إلى والدتي الصابرة امد الله في عمرها التي تعلمت منـها معنـى المثـابرة والاصرار والعناد ...

إلى زوجتي الغالية التي أمدتني خلال اعداد هـذا البحـث بطاقـة روحيـة ومعنويات كبيرة وهي تسهر الليالي من أجل خدمتي وراحتي ...

إلى شقيقاتي اللواتي كن لي خير سند وعون ...

الى أبنائي تسنيم ، إسراء ، محمد ، براء ، مؤمن عسى أن يكون حافزا لـهم على طلب العلم والصبر والمثابرة في ذلك ...

الى كل هؤلاء أقدم هذا الجهد المتواضع راجيا مـن الله تعـالى أن يكـون خالصا لوجهه الكريم وأن ينفع به المؤمنين وأن يجعله في مـيزان حسـناتي يوم الدين والحمد لله رب العالمين.

شكر وتقدير

الحمد الله القائل في كتابه المجيد ﴿بل الله فاعبد وكن من الشاكرين﴾[1] والصلاة والسلام على أشرف الخلق سيد المرسلين المبعوث رحمة للعالمين وعلى من سار بهديه الى يوم الدين ، فبعد أن من الله تعالى علي بإتمام هذه الرسالة فلا يسعني إلا وأن أنسب الفضل لأهله فأتوجه بالحمد والشكر لله تعالى على ما أنعم علي من كرمه فوفقني الى ما أنا فيه راجيا منه تعالى أن يديم هذه النعمة على ، وعملا بقوله صلى الله عليه وسلم "إن أشكر الناس لله عز وجل ، أشكرهم للناس"[2] وقوله "من لم يشكر الناس لم يشكر الله"[3]، فإنه ليسعدني ويشرفني أن أتقدم بكلمة شكر متواضعة لأهل الفضل الذين قدموا لي يد العون والمساعدة في انجاز هذا البحث ، وأخص بالذكر الدكتور جمال احمد زيد الكيلاني الاستاذ المساعد في كلية الشريعة قسم الفقه والتشريع ، الذي غمرني برعايته وتفضل مشكورا جزاه الله خيرا بالاشراف على هذه الرسالة ، فبذل لي جهده ووقته وفتح لي عقله وقلبه ومكتبه مستمعا الى توجيهاته الكريمة ونصائحه الغالية المفيدة منتفعا بعلمه الغزير وخبرته الواسعة حتى خرجت هذه الرسالة بهذه الصورة ، فجزاه الله خيرا والله أسأل أن يبارك في علمه ويمد في عمره .

---

(١) سورة الزمر : آية(٦٦).

(٢) رواه أحمد :/المسنده ٢١٢/٥.

(٣) رواه الترمذي : الجامع الصحيح ٣٨٤/٣ ، كتاب البر والصلة ، باب ما جاء بالشكر لمن أحسن اليك ، رقم الحديث ١٩٦١.

كما يسعدني أن أتقدم بجزيل الشكر للجنة العلمية التي تفضلت بقبول مناقشة هذه الرسالة والمؤلفة من :

الدكتور جمال زيد الكيلاني مشرفا ورئيسا-جامعة النجاح الوطنية-كلية الشريعة.

الدكتور أديب الحوراني ممتحنا خارجيا-جامعة القدس-كلية الدعوة واصول الدين.

الدكتور مروان القدومي ممتحنا داخليا-جامعة النجاح الوطنية- كلية الشريعة.

والله أسأل أن يبارك فيهم ويجزيهم كل الخير ،إنه السميع المجيب.

كما أتقدم بجزيل شكري وامتناني الى أساتذتي الكرام الأفاضل في كلية الشريعة عميدا ورؤساء أقسام سابقين وحاليين لما لهم جميعا من فضل علي.

كما ويسعدني أن أتقدم بخالص الشكر والتقدير الى الاخوة القائمين على مكتبة جامعة النجاح الوطنية ومكتبة بلدية نابلس ، ومكتبات مساجد مدينة نابلس ، ومكتبة دار الحديث في طولكرم ، ومكتبة بلدية طولكرم ، ومكتبة كلية فلسطين التقنية(خضوري) ، ومكتبة كلية الشريعة في باقة الغربية.

كما أتقدم بجزيل الشكر والتقدير الى الأخ الأستاذ أحمد زيدان مدير مدرسة كفراللبد الثانوية على ما قدمه من عون ومساعدة في هذا البحث ، ولا أنسى من قام بطبع هذه الرسالة الأستاذ أحمد خساتي رئيس قسم التسجيل في كلية فلسطين التقنية(خضوري) الذي عمل جاهدا أسهر ليله وبذل جهده حتى خرجت هذه الرسالة الى حيز الوجود.

والله أسأل أن يبارك في الجميع ويكلأهم برعايته ويجزيهم كل الخير .

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.

قال تعالى

يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود

آية ١ سورة المائدة

بسم الله الرحمن الرحيم

المقــدمــــة

الحمد لله رب العالمين نحمده ونستعينه ونتوب اليه ونستغفره ونعوذ بـــالله مــن شرور أنفسنا ومن سيئات أعمالنا ، من يهد الله فهو المهتد ومن يضلل فلا هادي لـــه ، والصلاة والسلام على سيدنا محمد بن عبد الله الذي بعثه الله رحمة للعـــالمين وليعلـم الناس الخير ويخرجهم من الظلمات الى النور سبحانك لا علم لنا إلا ما علمتنا إنك أنـت العزيز الحكيم ، اللهم لا سهل الا ما جعلته سهلا وأنت تجعل الحزن إذا شـــئت ســهلا

وبعد:

فإن الجانب الاقتصادي اصبح اليوم غاية كبيرة ومحوراً تدور عليه سائر أنشطة الدول وقامت حوله نظريات متعددة وفلسفات متباينة تساقطت الواحدة تلو الأخـرى دون أن تحقق الهدف المنشود من استقرار الاقتصاد العالمي من خلال المعاملات والتنميـــة ووسائل الإنتاج. والتشريع الاسلامي قدم للعالم وسيقدم منهجا قويما مستقيما ، يكفل انقاذ البشرية من الحيرة والضلال فمنهجه كامل شامل لمختلف نواحي الحياة وهو أحسن مـــا يرتجى لو أخذت به البشرية لسارت على طريق ثابت ومستقر ولتجنبت الفتن والشـرور والطبقية والتسلط على بعضها البعض بالجور والطغيان وأكل الأموال بالباطل فجــانب المعاملات المالية قام على أسس ومقررات ثابتة راسخة ، صبغت بصبغـــة اعتقاديـــة أخلاقية وازنت بين الروح والجسد مع المرونة لتلائم مستجدات العصر ، فجاء بجملـــة وافية من القواعد والأصول التي تحكم النشاط الاقتصادي ، وثبتها وألزم بكثير منـــها ، أما الأشكال والأساليب المتغيرة فتركها للاجتهاد البشري ينظمها على أســـاس تعــاليم الاسلام الثابتة ، ليصل الى ما هو حسن وملائم لتطور الحياة كأساليب تنمية الـــثروات

ووسائل تبادل التسويق والتنظيم الإداري. وقد وضع الفقهاء الضوابط للمعاملات المالية وصنفوها بحيث كان معظمها اجتهادات مرتكزة على الثوابت من نصوص الكتاب والسنة ، فاستخرجوا لوقائع حياتهم التي عاشوها أحكاما وأصولا وقواعد على وجه من الدقة والإتقان مما يتفق وظروفهم وحاجات مجتمعهم وطبيعة عصرهم بما يتناسب والشريعة الإسلامية ، فمن العبث الزام زمان بمصطلحات غيره أو وسائله المتغيرة ، فإن هذا الحكم محض تحكم ، والصحيح هو النظر الى المعاني لا المسميات مع ملاحظة أن كل جديد من الواقع بحاجة الى جديد من الاجتهاد ، ولقد ابتلي هذا العصر بحكم التطور في وسائل الحياة بمختلف ألوانها وأشكالها وأحوالها بمشاكل في المعاملات لم تكن لأهل العصر من أسلافهم نصوص فيها ، ولكن لا نعدم من فقهائنا وسلفنا من القواعد التي يمكن الرجوع اليها وتعتبر مناطا لما استجد من مشاكل فقهية وخاصة أن الاصل في المعاملات الإباحة. ولضخامة التبادل التجاري ودخول المصارف إلى كل جوانب الحياة الاقتصادية وضعت لنماذج العقود الضوابط والشروط العامة وقواعد التسليم والمؤيدات التي تحمي هذه الأنواع من المعاملات لتحقق للناس مصالحهم ولا تنقلب الى شكل من أشكال الاستغلال والظلم فيستقر بذلك جانب المعاملات ، ومن هذه الضوابط لاستقرار الجانب الاقتصادي والمعاملات القبض.

أهمية البحث :

التصرفات عقود وقبوض وجمعها النبي صلى الله عليه وسلم بقوله : "**رحم الله رجلا سمحا إذا باع وإذا اشترى وإذا اقتضى**"(١) ومقصود العقود هو القبض والاستيفاء فالقبض من المسائل المهمة للمعاملات المالية لما له من تأثير في انعقاد العقود وتمامها،

(١) البخاري : صحيح البخاري مع الفتح ٣٠٦/٤، كتاب البيوع ، باب السهولة والسماحة في الشراء والبيع.

وتقيد تصرفات المالكين ، ولما يترتب عليه من الأحكام الشرعية حيث أن القبض مقصد المتعاقدين في العقد وغايتهما والله سبحانه وتعالى يقول: ﴿**أوفوا بالعقود**﴾[٢]، والوفاء بها هو القبض ، إذ هو ثمرها وفائدتها ، وقد تعلقت به تفصيلات دقيقة مبثوثة في بطون الكتب الفقهية، بلا فصل ولا عنوان ولما استحدث من أساليب عرفية في المعاملات المالية بحاجة الى استنباط أحكامها وذلك بالنظر في الضوابط الشرعية والاعراف السائدة في التعامل ، فأصبحت الحاجة ملحة الى البحث في القبض وأثره في العقود لا سيما بعد أن ظهرت أنواع من البيوع لم تكن قبل ذلمك بسبب التطورات السريعة الواسعة التي أفرزتها الحضارة الحديثة ووسائلها في مجال الصناعة والاتصالات والنقل وأساليب التجارة وأنظمة المصارف ودخولها الى كافة جوانب الحياة الاقتصادية.

الجهود السابقة :

اهتم الفقهاء المسلمون اهتماما كبيرا بالعقد ، حيث يعتبر جوهر فقه المعاملات ، وعلى صحته أو بطلانه تجاز هذه المعاملات أو تلغى. فألفت فيه المؤلفات كنظرية العقد لابن تيمية وغيرها : وتعدى أمر البحث الى جزئياته فألفت فيه الرسائل الجامعية المختلفة للحصول على درجات الماجستير والدكتوراه كنظرية محل العقد في الفقه الاسلامي للدكتور جمال زيد الكيلاني ومبدأ الرضائية في العقود للدكتور القرة داغي وغيرها : وجاء هذا البحث الذي يحمل عنوان (القبض وأثره في العقود) لبنة اخرى في هذا الصرح حيث لم أجد بحثا مستفيضا يبحث في جميع جزئياته المختلفة ويلم شتات فرعياته المبعثرة هنا وهناك إلا بعض الدراسات البسيطة كبحث للدكتور نزيه كمال في

(٢) سورة المائدة : آية(١).

كتابه (بحوث فقهية)، وبعض البحوث المقدمة لمؤتمر الفقه الاسلامي في الدورة السادسة.

أرجو أن أكون قد وفقت في اختياري هذا وفي الوصول الى ما أصبو اليه من اظهار أحكام الشرع المختلفة في هذا البحث.

أسباب اختيار الموضوع :

إن الجانب الاقتصادي وما يتعلق بأمر الملكية وتنظيم الأموال بأنواعها كسبا وإنفاقا وتوزيعا وطرق استثمارها ووسائل انتقالها الى الغير هذا الجانب في ظل الحضارات المعاصرة أصبح غاية من الغايات الكبيرة في الحياة ومحورا تدور عليه سائر أنشطة الأمم والدول وقامت حوله فلسفات ونظريات عديدة ، أحببت بعد النظر والاستشارة أن أكتب في جزئية من هذا الجانب وهو القبض للأسباب التالية :

أولاً : استكمالا لمتطلبات نيل درجة الماجستير في كلية الشريعة قسم الفقه والتشريع في جامعة النجاح الوطنية .

ثانياً : خلو المكتبة الاسلامية من كتاب يجمع شتات الموضوع وأحكامه في الماضي والحاضر عدا بعض البحوث التي لا تفي بالغرض وذلك حسب اطلاعي وعلمي وفوق كل ذي علم عليم.

ثالثاً : تيسيرا لمهمة الباحثين من الطلاب والاقتصاديين والمهتمين في المعاملات المالية في الجانب الاقتصادي.

رابعاً : التأكيد على عظمة الحلول الاسلامية وما تحققها من مصالح بعيدة المدى لا سيما بعد فشل الانظمة الوضعية البشرية وتراجعها على كافة المستويات.

منهج البحث :

أولا : قمت بالرجوع الى امهات المصادر المعتمدة من كتب التفسير وعلومه والحديث وعلومه والفقه وأصوله وكتب الاقتصاد خاصة الاسلامية ومعاجم اللغة العربية.

ثانيا : قمت بدراسة آراء الفقهاء دراسة مقارنة مع بيان أدلتهم ووجه الاستدلال وسوق بعض النصوص الفقهية زيادة في البيان حيثما لزم الأمر ، وخرجت بالرأي الراجح المستند الى الدليل.

ثالثا : اقتصرت في بحث المسائل الفقهية على المذاهب الفقهية الأربعة المشهورة مع الاشارة احيانا لبعض آراء الصحابة والتابعين كلما رأيت لذلك حاجة مع بيان لبعض آراء الظاهرية في بعض المسائل لقوتها.

رابعا : قمت بعزو الايات القرآنية الكريمة الى أمكانها في السور وإذا تكررت الآية أشرت الى مكان ذكرها السابق في البحث.

خامسا : قمت بتخريج الأحاديث النبوية الشريفة تخريجا كاملا شافيا ، وإذا تكرر الحديث أشرت الى مكان تخريجه السابق.

سادسا : ترجمت لبعض الأعلام فور ورود العلم لأول مرة.

سابعا : رجعت الى معاجم اللغة العربية في بيان معاني المصطلحات اللغوية وشرحت في الحواشي بعض الكلمات التي قد يبهم على القارئ معناها وبعض التعريفات الاصولية.

ثامنا : حاولت بناء أحكام القبض وتطبيقها على بعض المعاملات المستجدة ، كالحوالات المصرفية والتجارة الدولية والأوراق المالية.

تاسعا : أتبعت الرسالة بعدة فهارس تفصيلية تساعد الباحث على معرفة مواطن البحث بكل تفصيلاته.

خطة البحث :

جاءت خطة البحث في أربعة فصول ومقدمة وخاتمة متضمنة أهم النتائج التي توصلت اليها وذلك على النحو التالي :

أولاً : المقدمة : تكلمت فيها عن أهمية الموضوع وأسباب اختياره ومنهجي في البحث.

ثانياً : الفصل الأول : تكلمت في عن مفهوم القبض وعلاقته بالعقد من خلال أربعة مباحث.

ثالثاً : الفصل الثاني : تكلمت فيه عن أنواع القبض ومشروعيته من خلال ثلاثة مباحث.

رابعاً : الفصل الثالث : تكلمت فيه عن شروط صحة القبض وأثرها في العقود وآثار العقود من خلال ثلاثة مباحث.

خامساً : الفصل الرابع : تكلمت فيه عن أمثلة على القبض في بعض صور المعاملات المعاصرة من خلال ثلاثة مباحث.

سادساً : الخاتمة : تكلمت فيها عن أهم النتائج التي توصلت اليها.

وختاما فإني لا أدعي أنني قد أعطيت هذا الموضوع حقه أو وفيته ما يستحقه فأنى لمثلي ذلك ولكن حسبي أني بذلت جهدي وأفرغت وسعي مع قلة بضاعتي ، فالسلامة من هذا الخطر أمر يعز على البشر ، فستر الله على من ستر وغفر الله لمن غفر ، وصلى الله على محمد وعلى آله وصحبه وسلم.

الفصـــل الأول

مفهوم القبض وعلاقته بالعقد

المبحث الأول : مفهوم القبض عند أهل اللغة والشرع وفيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : تعريف القبض لغة وشرعا.

المطلب الثاني : ألفاظ ذات علاقة بالقبض.

المطلب الثالث : الأصل في مشروعية القبض.

المبحث الثاني : مفهوم العقد لغة وشرعا وفيه مطلبين:

المطلب الأول : تعريف العقد لغة وشرعا.

المطلب الثاني : ألفاظ ذات علاقة بالعقد.

المبحث الثالث : علاقة القبض بالعقد.

المبحث الرابع : ضابط القبض وطرقه وفيه مطلبين:

المطلب الأول : ضابط القبض

المطلب الثاني : طرق القبض

المبحث الأول

مفهوم القبض عند أهلِ اللغةِ والشرع

المطلب الأول

تعريف القبض لغة وشرعاً

القبضُ في اللغة[١] : يدل على شيء مأخوذ ، وتُجُمّع في شيء ، وله معان لغويــةٌ كثيرة منها:

الأخذ : يقال قبض مالي قبضا ، أي أخذته. **والقبض** : التناول باليد ملامسة، إلا أن التناول للشيء باليد ملامسة ، وجمع الكف عن الشيء ، أخص من الأخذ. والقبض بالضاد: الأخذ بجمع الكف ، والقبص بالصاد : الأخذ بأطراف الأصابع.[٢]

التضييق : وهو خلاف البسط بدليل المقابلة ، أي : يضيق على قوم ويوسع علــى آخرين[٣] كما في قوله تعالى: ﴿**والله يقبض ويبسط**﴾ [٤]

---

(١) ابن فارس : ابو الحسين احمد بن فارس بن زكريا (... - ٣٩٥هـ) : معجم مقاييس اللغة ، باب القــاف، ٥٠/٥ ، الناشر: دار الحديث ، تحقيق عبد السلام محمد هارون ، الزبيدي : محب الدين ابو فيض الســيد محمــد مرتضــى الحسينى الواسطي الزبيدي الحنفي: تاج العروس من جواهر القاموس ، مادة قبض ، باب الضاد ١٣٢/١٠، الناشـر : دار الفكر ، تحقيق على رشدي ، ابن منظور: ابو الفضل جمال الدين محمد بــن مكــرم بــن منظــور الافريقــي والمصري، لسان العرب: مادة قبض ، باب الضاد ، فصل القاف ٢١٣/٧ وما بعدها الناشر: دار صادر - بـيروت ، الجوهري : اسماعيل بن حماد الجوهري : تاج اللغة وصحاح العربية، مادة قبض ، فصل القاف ١١٠٠/٣ ، الناشر: دار العلم للملايين - بيروت تحقيق احمد عطار.

(٢) القرطبي: ابو عبد الله محمد بن احمد الانصاري : الجامع لأحكام القران ٢٤٠/١١.

(٣) الشوكانى : محمد بن علي الشوكانى : فتح القدير الجامع بين فنى الرواية والدراية من علم التفسير ٢٦٢/١، الناشــر دار الفكر.

(٤) سورة البقرة : اية (٢٤٥).

الجمع والامتناع : قبض اليد على الشيء : جمعها بعد تناولــه ، وقبضــها عــن الشيء : جمعها قبل تناوله وهو الإمساك ومنه قوله تعالى : ﴿**ويقبضون أيديـــهم**﴾ (١) أي الامتناع عن الإنفاق في سبيل الله وعن كل خير.(٢)

الإسراع : ومنه قوله تعالى : ﴿**ويقبضن ما يمسكهن إلا الرحمن**﴾(٣) ، وذلــك لأن الطير إذا أسرع جمع نفسه وأطرافه.(٤)

الحوز وتأكد الملك : ومنـــه قولـــه تعـــالى : ﴿**والأرض جميعـــا قبضتـــه يـــوم القيامة** ﴾(٥)، أي في حوزته حيث لا تمليك لأحد وهو كناية عن قدرته وإحاطتـــه بجميـــع مخلوقاته**القُبْض** : إسم بمعنى القدر المقبوض ، والقبض بجميع الكف(٧) ومنه قوله تعالى: ﴿**فقبضت قبضة من أثر الرسول**﴾ (٨).

قال الزمخشري(٩) : ومن المجاز القول : قبض على غريمه ، وقبض العـــامل ، وقبض فلان الى رحمة الله تعالى.(١٠)

ويستعار القبض لتحصيل الشيء والتصرف فيه وإن لم يكن فيه مراعاة للكف واليد، تقول : هـــذا الشـــيء في قبضـــة فلان أي : في ملكه وتصرفه ، وقبضت الدار أي : حزتها.(١١)

---

(١) سورة التوبة : آية (٦٧).

(٢) الماوردي : ابو الحسن علي محمد بن حبيب الماوردي البصري (٣٦٤-٤٥٠هـ)، النكت والعيون تفسير المـــاوردي ٣٧٩/٢ ، الناشر : دار الكتب العلمية بيروت. راجعه عبد المقصود ابن عبد الرحيم.

(٣) سورة الملك : آية (١٩).

(٤) ابن منظور : لسان العرب ٢١٣/٧ ، مادة صرع ، باب القاف ، فصل السين.

(٥) سورة الزمر : آية (٦٧).

(٦) العمادي : ابو السعود بن محمد العمادي الحنفي (٩٠٠-٩٨٢هـ) : تفسير أبي السعود أو إرشاد العقل السليم إلى مزايا الكتاب الكريم ٦٢٤/٤، الناشر: دار الفكر :مكتبة الرياض الحديثة. تحقيق عبد القادر عطا.

(٧) القرطبي : الجامع لإحكام القرآن ٢٤/١١.

(٨) سورة طه : آية (٩٦).

(٩) الزمخشري : (٤٦٧-٥٣٨هـ) ، محمود بن عمر بن محمد الخوارزمي ابو القاسم جار الله الزمخشري، نسبة الـــى زمخشر التي ولد فيها، وهو مفسر ومحدث ومتكلم ونحوي وكان معتزليا ، وتوفي في الجرجانية من قرى خـوارزم. انظر الأعلام : للزركلي١٧٨/٧ ، ط ٥ ، الداودي : شمس الدين محمد بن علـــي الـداودي : طبقـــات المفســـرين ٣١٤/٢، الناشر : مكتبة وهبي ، القاهرة ، تحقيق على عمر.

(١٠) الزمخشري : أساس البلاغة ص٤٨٩ ، مادة قبض ، الناشر : دار الفكر بيروت ، الطبعة ١٤٠٩هـ/١٩٨٩م.

(١١) الزبيدي : تاج العروس من جواهر القاموس ١٣٥/١٠، مادة قبض ، باب الضاد.

مما سبق يتبين أن كلمة القبض في اللغة لا ينحصر معناها في الأخذ باليد، وإنما ورد بمعان لغوية كثيرة كالامتناع ، والإسراع ، والقبول ، والتحويل والحوز والقدرة والموت ، فلا حد للقبض خاص في اللغة ، ولم يخصصه القرآن الكريم ولا السنة النبوية الشريفة بمعنى واحد خاص به ، فالمرجع فيه الى العرف ، كذا صرح الفقهاء.

تعريف القبض شرعا :

المتتبع لكلام الفقهاء يرى أن القبض عندهم يطلق على معنيين ، فمنهم من قال: أن القبض هو التخلية ، ومنهم من أرجع أمره إلى العرف فبينه من خلال أنواعه حسب اختلاف الأشياء في نفسها. فللفقهاء اتجاهان في تحديد مفهوم القبض على التفصيل التالي:

الاتجاه الأول : للحنفية[١] وقول للشافعية[٢] ورواية عند الحنابلة[٣] :

إن القبض هو التخلية أو التخلي ، جاء في البدائع : "ان القبض هو التمكين والتخلي. وارتفاع الموانع عرفا وعادة بغير حائل".[٤]

فالقبض والتسليم عند الحنفية هو التخلية والتخلي ورفع الموانع وذلك بتمكين المشتري من التصرف في المبيع ، وكذلك يحصل تسليم الثمن.

---

(١) ابن نجيم : زين الدين بن ابراهيم بن محمد بن نجيم الحنفيت(٩٧٠هـ) : البحر الرائق شرح كنز الدقائق : ٣٢٢/٥ وما بعدها الناشر : دار المعرفة-بيروت-الطبعة الثانية.
العيني : ابو محمد محمود بن احمد العيني : البناية في شرح الهداية ٢٥٥/٦ وما بعدها تصحيح : المولى محمد عمر الشهير بناظر الاسلام الرامفوري ، الناشر : دار الفكر الطبعة الاولى ١٤٠١هـ_١٩٨١م.

(٢) الرافعي : الامام ابي القاسم عبد الكريم بن محمد الرافعي القزويني الشافعي ت ٦٢٣ هـ: العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير : ٣٠٦/٤ : الناشر : دار الكتب العلمية-بيروت ، تحقيق الشيخ علي معوض، والشيخ عادل عبد الموجود.
النووي : أبو زكريا يحيى بن شرف النووي الدمشقي ت ٦٧٦هـ. روضة الطالبين ١٧٦/٣ الناشر : دار الكتب العلمية-بيروت تحقيق -عادل عبد الموجود ، وعلى معوض.

(٣) ابن قدامه : موفق الدين ابي محمد عبد الله بن احمد بن محمد : المغنى على مختصر الخرقي ويليه الشرح الكبير على متن المقنع : شمس الدين ابي الفرج عبد الرحمن بن ابي عمر محمد بن احمد بد قدامة المقدسي ت/٦٨٢ ٢٢٠/٤: الناشر : دار الكتاب العربي ١٤٠٣ هـ-١٩٨٣م ، ابن مفلح برهان الدين ابراهيم بن محمد بن مفلح : المقصد الأرشد في ذكر أصحاب أحمد ٢٣٥/١ ، الناشر : مكتبة الرشيد ، الرياض ط١، ١٤١٠هـ.

(٤) الكاساني : علاء الدين ابو بكر بن مسعود الكاساني الملقب بملك العلماء : بدائع الصنائع : ١٤٨/٥ الناشر : دار الكتب العلمية-بيروت ، الطبعة الثانية ١٤٠٦-١٨٨٦م.

واستدل الحنفية على ذلك باللغة : حيث أن التسليم في اللغة يعني : جعل الشيء المراد تسليمه خالصا لا ينازعه فيه أحد وبدون عائق ، وبالتخلية يحصل التسليم من البائع، ويتمكن المشتري من التصرف فيه من كل وجه بدون حائل، فجعلوا التخلية تسليما من البائع ، والتخلي قبضا من المشتري ، وكذلك يكون الثمن. ولما كان التسليم من واجب البائع فلا بد من أن يكون بمقدوره الخروج من عهدة الواجب والذي بمقدوره هو التخلية ورفع الموانع.

أما الاقباض فليس بمقدور البائع لان الأخذ بالبراجم[١] فعل اختياري للقابض، فلو تعلق القبض بالبراجم لتعذر على البائع الوفاء به وهذا لا يجوز.[٢]

وأرى أن هذا يمنع المشتري من التعسف في استعمال حقه ، فيمتنع عن الإمساك بيده ، فوضع الشيء المراد اقباضه بين يدي المشتري وان لم يأخذه ببراجمه مع قول البائع له خليت بينك وبينه فاقبضه ، اعتبر قابضا حقيقة. وللدكتور محمد البوطي مأخذ على تعريف الحنفية للقبض. فقال : "والحق يقال: أن هذا تعريف الاقباض وليس القبض"[٣]. وأنا اخالفه الرأي ، لان التخلية هي التمكين ورفع المانع وهي مسؤولية من وجب عليه التسليم للشيء المستحق بالعقد، والتخلي: هو القبض ، وهي مسؤولية من وجب له الشيء المستحق بالعقد. وجاء في الوسيط قال حرملة[٤]: من الشافعية "انه يكتفي بالتخلية. لأن المقصود استيلاء المشتري وقد حصل. وذكر أن هذا مذهب الإمام مالك".[٥]

---

(١) البراجم : رؤوس السلاميات من ظاهر الكف ، إذا قبض الشخص كفه نشزت وارتفعت ، والراجب : بطونها وظهورها ، والواحدة برجمة ، انظر الفيومي : احمد بن محمد بن علي المقري الفيومي المتوفى سنة ٧٧٠هـ: المصباح المنير ٢٩١/٢ ، الناشر : مصطفى البابي الحلبي واولاده بمصر. المصباح المنير ٤٨/١ ، مادة رجم.

(٢) الكاساني : بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ٢٤٤/٥.

(٣) البوطي : د. محمد توفيق رمضان البوطي: البيوع الشائعه واثر ضوابط المبيع في شرعيتها ص ٨٠. الناشر دار الفكر المعاصر- بيروت- الطبعة الاولى ١٤٩١- ١٩٩٨م.

(٤) حرملة : هو حرملة بن يحيى بن عبد الله بن حرملة بن عمران بن مراد التجيبي نسبة الى تجيب بضم التاء وسكون الياء ، وتجيب اسم قبيلة ، (١٦٦-٢٤٣هـ) ، وصرح الشيخ أبو حامد وجماعة كما ذكر النووي ، أن حرملة قال مذهبا لنفسه لا نقلا عن الشافعي، فهو ينفرد في بعض المسائل ويخرج عن المذهب تأصيلا وتفريعا. انظر طبقات الشافعية الكبرى للامام تاج الدين تقي الدين السبكي ٢٥٨/١-٢٥٩، الناشر : دار المعرفة ببيروت ،الطبعة الثانية.

(٥) الغزالي: محمد بن محمد الغزالي المتوفى ٥٠٥هـ : الوسيط في المذهب - ١٥٣/٣. الناشر : دار السلام - حققه احمد محمود ابراهيم ، ومحمد محمد تامر.

وجاء في المغني : "ان القبض في كل شيء بالتخلية مع التمييز لانه خلى بينه وبين المبيع من غير حائل فكان قبضا له كالعقار".(١)

الاتجاه الثاني: للجمهور من المالكية ، والشافعية ، والحنابلة :

لم يضع الجمهور للقبض تعريفا جامعا لأقسامه، بل أرجعوا أمره إلى العرف وبينوه من خلال أنواعه ، واتفقوا على ان القبض في غير العقار يكون بالنقل ، او الكيل ، أو بالتناول ، أو بالتحويل ، أو بالتخلية ، حسب اختلاف الأشياء في أوصافها وأحوالها. على التفصيل التالي:

أولا : عند المالكية(١):

القبض في الجزاف التخلية ، او نقله من مكانه ، وما فيه حق توفيه باستيفاء قدره من كيل أو وزن أو عد ، وما عدا ذلك فالمرجع فيه الى العرف كتسليم مقود الدابة.

وجاء في البهجة : "ان القبض هو نقل التصرف فيه عن الشيء المستحق اقباضه بما ينقل عنه بجعله تحت يده، وما لا ينقل ، فبصرف التصرف فيه عن مالكه".(٣)

وفي التاج والاكليل : "أن صورة القبض تحكم فيه العادة ، فأما في العقار فتكفي التخلية، وكذلك فيما بيع على الجزاف وما سوى ذلك فعلى حسب العادة فيه"(٤).

---

(١) ابن قدامة – المغني والشرح الكبير ٤/ ٢٢٠.

(٢) الخرشي : ابو عبد الله محمد الخرشي : الخرشي على مختصر خليل : وبهامشه حاشيه الشيخ على العدوي الصعيدي: ١٥٧/٥ وما بعدها ، الناشر : دار الكتاب الاسلامي ، القاهرة.

(٣) التسولي : ابو الحسن على بن عبد السلام التسولي : البهجه في شرح التحفه على الارجوزه المسماه بتحفة الحكام لابن عاصم الاندلسي وبهامشه حلي المعاصم لفكر بن عاصم للامام ابو عبد الله محمد التاودي وهو شرح ارجوزة تحفة الحكام ١/ ٣١٦: الناشر : دار الرشاد الحديثه-الدار البيضاء. ١٤١٢هـ_ ١٩٩١م.

(٤) المواق : ابو عبد الله محمد بن يوسف بن ابى القاسم العبدري الشهير بالمواق ت ٨٩٧هـ التاج والاكليل على مختصر خليل ، مطبوع مع مواهب الجليل ٦/٤١٣: الناشر : دا الكتب العلمية – بيروت. الطبعة الاولى:١٤١٦هـ – ١٩٩٥م. طبعة الشيخ زكريا عميرات.

ثانيا : عند الشافعية :

المرجع في القبض عند الشافعية الى العرف لعدم وجود ما يضبطه لغة وشرعا كالإحياء والحرز في السرقة. فما يتناول باليد فقبضه بالمناولة ، وما ينقل بالنقل ، وفي العبد والدابة بتسيرهما من مكانهما لا سيرهما ولا اختبارهما يكفي للقبض ، والمكيل بالكيل والموزون بالوزن والعقار بالتخلية ، ومآل القبض عندهم هو الاستيلاء والتمكين من التصرف المفيد لترتيب الآثار الشرعية عليه من نقل للضمان وجواز التصرف.(١)

ثالثا : عند الحنابلة :

إن كل شيء يكون قبضه بحسبه ، فالمكيل بالكيل ، والموزون بالوزن ، والجزاف بنقله من مكانه ، والدراهم والدنانير بالتناول باليد ، والثياب بنقلها ، والحيوان بتمشيته من مكانه ، وذلك لان الشرع اعتبر القبض ونص عليه ولم يبينه، فيكون المرجع فيه الى العرف كالتفرق.(٢)

القبض عند العلماء المعاصرين :

عرف الابياني القبض بقوله : " القبض عبارة عن كون الشيء في حيز القابض من كل وجه".(٣)

وقال السنهوري : التسليم ان يخلي البائع بين المبيع والمشتري على وجه يتمكن المشتري من قبضه من غير حائل ولا مانع ، والتخلية قبض حكما وهي مختلفة باختلاف حال المبيع".(٤)

---

(١) النووي : المجموع شرح المهذب ويليه فتح العزيز شرح الوجيز للامام ابي القاسم الرافعي ٩ /٢٧٥ وما بعدها. الناشر : دار الفكر.

(٢) ابن قدامه : المغني والشرح الكبير ٢٢٠/٤/٢٢١.
البهوتي : منصور بن يونس بن ادريس البهوتي : كشاف القناع عن متن الاقناع ٢٤٦/٣ وما بعدها: الناشر : دار الفكر- علق عليه الشيخ خلال مصيلحي هلال.

(٣) الإبياني : محمد بن زيد ألابياني بك : الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية ٢٤٢/٢ الناشر : عبد الله وهبه الكتي : الطبعة الرابعة ١٣٤٣هـ - ١٩٢٤م.

(٤) السنهوري : د. عبد الرزاق السنهوري توفى سنة ١٩٧١م : مصادر الحق في الفقه الإسلامي دراسة مقارنه بالفقه الغربي ٥٩/٦ : الناشر : دار احياء التراث العربي ــ بيروت ، الطبعة الاولى - جديده منقحه.

مما سبق يظهر انه لا خلاف بين الفقهاء في تحديد مفهوم القبض فالكل متفق على أن القبض هو الاستيلاء على الشيء المستحق بالعقد والتمكن منه بأي طريق كان وإن ضابطه العرف ويختلف باختلاف الاشياء في نفسها.

وما دام الهدف في القبض هو التوثق من نفاذ العقد واستقرار الملك المبرر للتصرف وهذا يحصل باليد وبعدم المانع وهو التخلية فيحكمه العرف ، واختلاف الشيء المراد اقباضه ، فالقبض إذا استيلاء على الشيء بوضع اليد عليه ، وحيازته والتمكن من التصرف منه من كل وجه.

علاقة المعنى اللغوي بالاصطلاحي :

وبالنظر إلى المعنى اللغوي للقبض فانه يستعمل لتحصيل الشيء وان لم يكن فيه مراعاة للكف وهو المعنى الاصطلاحي ، ويستعمل لمعان لغوية أخرى. فالمعنى الاصطلاحي لا يبعد عن المعنى اللغوي. بل هو تقيد له وحصر وتخصيص لما فيه من العموم ، فكل قبض بالمعنى الاصطلاحي قبض بالمعنى اللغوي ولا عكس ، وفي علم المنطق ان الأخص يستلزم دائما معنى الأعم ولا عكس . وهذا ما يسمى بالخصوصية والعموم المطلق".[١]

---

(١) الخصوصية والعموم: في علم المنطق نوعان : مطلق ووجهي .
فالمطلق : عندما يكون أحد الشيئين اعم من الأخر دائما والأخر أخص دائما كالعادة والعرف.والوجهي : عندما يكون كل واحد منهما اعم من الأخر من وجه أخص منه من وجه كالنسبة بين مفهومي الأبيض والملبوس فالأبيض اعم من وجه لوجوده في الملبوس وغيره والملبوس اعم من وجه لوجوده في الملبوس وغيره ، انظر الزرقاء : حاشية المدخل الفقهي ٢/٨٤١.

المطلب الثاني

ألفاظ ذات علاقة بالقبض

وردت في كتب الفقه كلمات تفيد معنى القبض في ترتيب الأحكام عليها وهي ذات صله وثيقة بالقبض وإن لم تكن مرادفة له ، منها:

أولا: النقـــد :

يطلق الفقهاء كلمة النقد بمعنى الاقباض والتسليم اذا كان الشيء المعطى نقـــوداً ، نقول : نقدت الرجل الدراهم ، بمعنى اعطيته ، فانتقدتها أي قبضها[١] ، وللباجوري[٢] قوله نقداً : أي مقبوضا، ويلزم من ذلك ان يكون حالاً أي يداً بيد[٣]. وبيع النقد تعجيل الثمـــن والمثمون[٤]. فكل قبض نقد ولا عكس ، فالقبض أعم من النقد.

ثانيا : الحيازة :

الحـــوز : الجمع والتجمع وكل من ضم الى نفسه شيئا فقد حازه حوزا[٥].

واكثر ما تستعمل الحيازة عند المالكية بمعنيين عام وخاص :

فالمعنى العام : هو اثبات وضع اليد على الشيء والتمكن منه والاستيلاء عليـــه ، جاء في الثمر الداني : "لا تتم هبة ولا صدقة ولا حبس الا بالحيازة"[٦] ، والقبض والحوز

---

(١) الفيومي : المصباح المنير ٢٩١/٢، مادة نقد.

(٢) الباجوري : (١١٩٨-١٢٧٧هـ) (١٧٨٤-١٨٦٠م) : إبراهيم بن محمد بن أحمد الباجوري شيخ الجامع الأزهر ومـن فقهاء الشافعية ولد في قرية باجور بالمنوفية ونشأ بها. انظر الاعلام ٧١/١ ، الطبعة لسنة ١٩٨٠.

(٣) الباجوري : حاشية الباجوري على شرح ابن قاسم الغزي على متن الشيخ أبي شجاع ٣٥٩/١، الناشر : دار الفكـر - بيروت.

(٤) ابن جزي: ابو القاسم محمد بن احمد بن جزي الكلبي الغرناطي سنة (٦٩٣ - ٧٤١) ، القوانيـن الفقهيـة ص٢١٤ ، الناشر : دار الفكر - لبنان.

(٥) ابن فارس : معجم مقاييس اللغة ١١٧/٢ - ١١٨، مادة حوز ، باب الحاء.

(٦) الابي : الشيخ صالح عبد السميع الابي الازهري : الثمر الداني في تقريب المعاني شرح رسالة أبي زيد القـيرواني ص٥٥٢ ، الناشر: المكتبة الثقافية - بيروت .

شيء واحد كما جاء في القوانين الفقهية،[١] وفي البهجة : "أن الحوز وضع اليد على الشيء المحوز".[٢]

أما المعنى الخاص فهو : "وضع اليد والتصرف في الشيء المحوز كتصرف المالك في ملكه بالبناء والغرس والهدم وغيره من وجوه التصرف"[٣] ، وفي مواهب الجليل : "أن الحيازة تكون بثلاثة اشياء، أضعفها: السكنى والازدراع ، ويليها : الهدم والبنيان والغرس والاستغلال، ويليها : التفويت بالبيع والهبة والصدقة والنحلة (العطية) والعتق والكتابة والتدبير والوطء ، وما أشبه ذلك مما لا يفعله الرجل إلا في ماله".[٤] فيكون القبض مرادفا للحيازة بالمعنى الأعم.

ثالثا : اليد :

تطلق اليد على القدرة ، يقال : هذا الشيء في يدي أي : في ملكي ، ويده عليه أي: سلطانه ، وبعته يدا بيد أي : حاضرا بحاضر ، أو التقدير حال كونه مادا يده بالعوض ، وحال كوني مادا يدي بالعوض ، أي قبضا بقبض.[٥] ويستعمل الفقهاء كلمة اليد بمعنى حوز الشيء والمكنة من استعماله والانتفاع به فيقولون : بينة ذي اليد في النتاج[٦] مقدمة على بينة الخارج[٧] ، ويريدون بذي اليد الحائز المتمكن المنتفع، جاء في المدونة : "قلت : أرأيت لو أن سلعة في يدي، إدعى رجل أنها له ، وأقام البينة ، وادعيت

---

(١) ابن جزي : القوانين الفقهية ص٢٧٧.

(٢) التسولي : البهجة شرح التحفة ٣١٦/١.

(٣) الشاذلي : علي بن الحسن المالكي الشاذلي كفاية الطالب الرباني لرسالة ابي زيد القيرواني١٩٥/٢. الناشر: مصطفى البابي الحلبي واولاده بمصر ، الطبعة لسنة ١٣٥٧هـ-١٩٣٨م.

(٤) الحطاب: أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي المعروف بابن الحطاب(ت ٩٥٤هـ) : مواهب الجليل لشرح مختصر خليل ٢٢٢/٦، الناشر: دار اكتب العملية ، الطبعة الاولى لسنة ١٤١٦هـ.

(٥) الفيومي : المصباح المنير ٧٥٣/٢ ، مادة يد ، ابن فارس : معجم مقاييس اللغة ١٥١/٦، مادة يد.

(٦) النتاج : ولادة الحيوان ، مشتق من فعل (نتجت) ، يعني ولدت ووضعت ، والمراد هنا ولادة الحيوان في ملك الانسان نفسه ، أو في ملك بائعه ، أو في ملك مورثه. والخارج : أي غير الحائز ، أن يكون الشيء المختلف عليه في غير يده بل في يد خصمه وحيازته. انظر الزحيلي : الفقه الاسلامي وأدلته ٥٤٥/٦، ٥٢٩ ، الطبعة لسنة ١٤٠٩هـ.

(٧) ابن قاضي سماونه : محمود ابن اسرائيل الشهير بابن قاضي سماونه : جامع الفصولين ٧٦/١ وبهامشه التعاليق لخير الدين الرملي.

انها لي وهي في يدي ، وأقمت البينة : قال مالك : هـــي للــذي فــي يــده إذا تكافـــأت البينتان"[١]. ولليد مراتب في القرب والاتصال بعضها أقوى من بعض في الدلالة. فثيـــاب الإنسان التي هو لابسها ودراهمه في جيبه أو يده أقوى لدنوه منـــها واحتوائـــه عليـــها ، وبساطه الذي هو جالس عليه ، والدابة التي هو راكبها في الرتبة الثانية اما الدابة التي هو سائقها ، في الرتبة الثالثة ، وأما الدار التي هو ساكنها ، فهو غير مُستولٍ على جميعـــها فدلالتها اقل الرتب ، وتقدم أقوى اليدين على اضعفهما.[٢]

(١) مالك : الامام مالك بن انس الاصبحي امام دار الهجره ، المدونة ، رواية الامام سحنون بن سعيد التنوخي عن الامـام عبد الرحمن بن القاسم ٩٧/٤.

(٢) السلمي : ابو محمد عز الدين عبد العزيز السلمي المتوفى سنة ٦٦٠هـ : قواعد الأحكام في مصالح الانـــام: ١٢٠/٢ علق عليه طه عبد الرؤوف سعد. الناشر : دار الجليل ، الطبعة الثانية لسنة ١٤٠٠هـ - ١٩٨٠م ، القرافي: شـــهاب الدين ابو العباس احمد بن ادريس الصنهاجي القرافي : الفروق ٧٨/٤. الناشر : عالم الكتب.

المطلب الثالث

الأصل في مشروعية القبض

ثبتت مشروعية القبض في الكتاب والسنة :

أولا: مشروعية القبض في الكتاب :

قال تعالى : ﴿فرهان مقبوضة﴾[١] هذه الآية الكريمة جاءت بصيغة الأمر، والأمر بالشيء الموصوف بصفة يقتضي ان يكون ذلك الوصف من تمامه وشرطه لان المشروع بصفة لا يوجد إلا إذا وجدت تلك الصفه فلا بد من اعتبار هذا الوصف. ولو لم يكن لكلمة مقبوضة فائدة لكان ذكرها لغوا ، وكلام الشارع يصان عن اللغو وعدم الفائدة ، فلا بد من اعتبار هذا الوصف الذي قيدت به الرهان. جاء في الكشاف : "والقبض لا بد من اعتباره".[٢]

وفي فتح القدير : "لم يجعل الله الحكم إلا لرهن موصوف بالقبض ، فإذا عدمت الصفة وجب أن يعدم الحكم ، وهذا ظاهر جدا".[٣]

ثانيا : مشروعية القبض في السنة :

وردت أحاديث صحيحة مطلقة تنص على أن للقبض اعتباراً في الشرع ، منها:

أ. ما أخرجه الشيخان عن ابن عمر[٤] رضي الله عنهما: أن النبي صلى الله عليه وسلم

---

(١) سورة البقرة : آية (٢٨٣).

(٢) الزمخشري: الكشاف عن حقائق التنزيل وعيون الاقاويل في وجوه التأويل ٤٠٦/١: الناشر: دار المعرفة.

(٣) الشوكاني : فتح القدير ٢٦٠/١ ، انظر القرطبي: الجامع لأحكام القرآن ٤١٠/٣.

(٤) ابن عمر : (١٠ ق.هـ -٧٣هـ) عبد الله بن عمر بن الخطاب بن نوفيل القرشي العدوي ، أسلم مع أبيه وهاجر وعرض على النبي صلى الله عليه وسلم يوم بدر وأحد فاستصغره وأجازه يوم الخندق وهو ابن خمس عشرة سنة وله في كتب الحديث ٢٦٣٠ حديثا ، انظر الاعلام ٢٤٦/٤ ، الطبعة الخامسة ، جمال الدين بن الجوزي ، صفوة الصفوة ٣٩٣/١ ، الناشر : دار المعرفة-بيروت ، الطبعة الثالثة ١٤٠٥هـ.

قال : "**من ابتاع طعاما فلا يبعه حتى يقبضه**".[1]

ورواه الشيخان عن ابن عباس[2] عنهما بنفس اللفظ ثم قال ابن عباس عنهما: "**ولا احسب كل شيء إلا مثله**" وفي رواية "**واحسب كل شيء بمنزلة الطعام**".[3]

ب. عن حكيم بن حزام[4] قال : "**قلت : يا رسول الله إني اشتري بيوعا فما يحل لي منها وما يحرم علي؟ قال : فإذا اشتريت بيعا فلا تبعه حتى تقبضه**"[5].

ج. روى أبو داود[6] عن زيد بن ثابت[7] رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم : "**نهى ان تباع السلع حيث تبتاع حتى يحوزها التجار إلى رحالهم**"[8].

---

(١) الحديث أخرجه البخاري : محمد بن اسماعيل بن ابراهيم البخاري ، صحيح البخاري مع الفتح ٣٤٧/٤، كتاب البيوع، باب ما يذكر في بيع الطعام والحكرة. رقم الحديث (٢١٣٣) ، ومسلم : مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري ، صحيح مسلم ١١٦٠/٣، كتاب البيوع ، باب بطلان المبيع قبل القبض ، رقم الحديث(١٥٢٦).

(٢) ابن عباس : عبد الله بن عباس بن عبد المطلب بن عبد مناف القرشي الهاشمي ، وهو ابن عم الرسول صلى الله عليه وسلم كان حبر الامة وترجمان القرآن ، وله في الصحيحين وغيرهما ١٦٦٠ حديثا ، انظر الاصابة في تمييز الصحابة ١٢١/٤ ، الاعلام ٢٢٨/٤، أحمد بن حجر العسقلاني : الاصابة في تمييز الصحابة ١٢١/٤، الناشر : المكتبة التجارية-مصر ، ١٩٣٩.

(٣) الحديث أخرجه البخاري : صحيح البخاري مع الفتح ٣٤٩/٤، كتاب البيوع ، باب بيع الطعام قبل ان يقبض وبيع ما ليس عندك، رقم الحديث (١٢٣٥) ، مسلم : صحيح مسلم ١١٦٠/٣، كتاب البيوع ، باب بطلان المبيع قبل القبض ، رقم الحديث (١٥٢٥).

(٤) ابن حزام : ولد (قبل الفيل بثلاث عشرة سنة وتوفي سنة ٥٠ هجرية) حكيم بن حزام بن خويلد بن أسد بن عبد العزة بن أخي خديجة زوجة النبي صلى الله عليه وسلم ، ولد في جوف الكعبة ، وكان من سادات قريش، شهد حنين ، له في كتب الحديث أربعين حديثا. انظر الأعلام ٢٦٩/٢ ، الطبعة لسنة ١٩٨٠.

(٥) الحديث : أخرجه الامام احمد في مسنده ٤٠٢/٣، ورواه البيهقي باسناد حسن : سنن البيهقي الكبرى : كتاب البيوع ، باب النهي عن بيع ما لم يقبض ٣١٣/٥ ، والحاكم النيسابوري : المستدرك كتاب البيوع ٤٠/٢ ، ولفظ البيهقي "لا تبع ما لم تقبضه" ، قال المارديني : ابن عصمة متروك الحديث فكيف يكون حسن ، وفي الأحكام لعبد الحق ضعيف ، انظر الجوهر النقي ٣١٣/٥ ، وقال النووي : اسناده حسن متصل ، وفي الصحيحين أحاديث في معناه. انظر المجموع ٢٦٤/٩.

(٦) ابو داود : الإمام الحافظ ابو داود سليمان بن الأشعث بن عمرو السجستاني ولد بالبصرة وتوفي بها ، أخذ عن الامام أحمد بن حنبل ويحيى بن معين ، وأخذ عنه شيخه أحمد بن حنبل والامام الترمذي والامام النسائي، أنظر الأعلام ١٨٢/٣.

(٧) ابن ثابت : زيد ابن ثابت ابن الضحاك الخزرجي الانصاري ، من أكابر الصحابة ، وكتّاب الوحي ، ولد في المدينة سنة ١١ قبل الهجرة ، ونشأ بمكة وهاجر مع النبي صلى الله عليه وسلم ، وكان من علماء الصحابة ولا سيما في الفرائض والقرآن ، عُهد إليه بجمع القرآن في عهد أبي بكر الصديق وفي نسخه في عهد عثمان بن عفان ، وتوفي سنة ٤٥هـ، أنظر الأعلام ٩٥/٣ ط٣، الاصابة ٤١/٤، صفوة الصفوة ٧٠٤/١.

(٨) الحديث أخرجه : ابو داود في سننه ٣٨٣/٣ : كتاب البيوع والاجارات ، باب بيع الطعام قبل ان يستوفى ،رقم الحديث (٣٤٩٩) ، والحاكم وصححه في المستدرك ٣٩/٤، البيهقي : سنن البيهقي ٣١٤/٥، كتاب البيوع ، باب قبض ما ابتاعه جزافا بالنقل والتحويل إذا كان مثله ينقل. انظر نيل الاوطار ١٧٨/٥، وقال النووي : رواه ابو داود باسناد صحيح ولم يضعفه ، فهو حجة عنده. انظر المجموع ٢٧١/٩.

د. وعن ابن عباس ان رسول الله صلى الله عليه وسلم : **"نهى أن يبيع الرجل طعاما حتى يستوفيه ، قلت لابن عباس : كيف ذلك؟ قال : ذلك دراهم بدراهم والطعام مرجأ"**(١).

النهي الوارد في الأحاديث عن البيع قبل القبض للتحريم ، لأن الأصل في صيغة النهي أن تكون للتحريم إلا إذا وجدت قرينة تصرفها الى الكراهة ، ولا يوجد قرينة صارفة عن التحريم ، بل جاء ما يؤكد التحريم في بعض الروايات ، وهو أن الناس كانوا يضربون على عهد رسول الله ، والعقوبة بالضرب لا تكون إلا على أمر محرم ، وقد جاء في قول الفقهاء أن المقبوض بالبيع الفاسد لا يحل ويجب رده حقا لله تعالى ، فدل ذلك على اعتبار القبض واشتراطه والله أعلم.

---

(١) الحديث أخرجه البخاري : البخاري مع الفتح ٤٤٧/٤ ، كتاب البيوع ، باب ما يذكر في بيع الطعام والحكرة، رقم الحديث (٢١٣٢) ، ومسلم : صحيح مسلم ١١٦٠/٣ ، كتاب البيوع ، باب بطلان بيع المبيع قبل القبض ، رقم الحديث (١٥٢٥).

المبحث الثاني

مفهوم العقد في اللغة والشرع

المطلب الأول

تعريف العقد لغة وشرعا

تعريف العقد لغة[1] :

تطلق كلمة العقد في اللغة على معان لغوية كثيرة تدور حول الربط ، والشد، والإحكام، والتأكيد ، والتقويه ، والضمان .... وغيرها.

فالعقد في اصل اللغة : الربط محكما ، وهو ضد الحل ، والعقدة هي موضع العقد من الحبل ، تقول : عقد بين طرفي الحبل وصل أحدهما بالآخر بعقدة تمسكها، فأحكم وصلهما ، فاصبحا كقطعة واحدة ، والأصل في العقد جاء للربط الحسي بين أطراف الشيء ، وقد استعمله العرب للربط المعنوي للكلام ، سواء كان توثيقا وتقوية لكلام صادر من جهة واحدة ، كما في النية واليمين (وجاء في أحكام القرآن للجصاص[2] : "سمى اليمين عقدا لأن الحالف ربط نفسه بالمحلوف عليه وألزمها"[3])، أو ربطا بين كلامين لشخصين كالبيع ، والاجارة. وجاء في الجواهر : "أن اصل العقد نقيض الحل ثم استعمل في انواع العقود من البيوعات وغيرها من العقود، ثم استعمل في التصميم والاعتقاد الجازم".[4]

---

(١) ابن منظور : لسان العرب٢٩٦/٣ ، مادة عقد ، باب الدال ، فصل العين ، ابن فارس : معجم مقاييس اللغة ٨٦/٤ ، مادة عقد ، باب العين ، الزبيدي : تاج العروس من جواهر القاموس ١١٥/٥ -١١٧، مادة عقد ، باب الدال.

(٢) الجصاص : (٣٠٥-٣٧٠هـ) أحمد بن علي الرازي الجصاص ، واشتهر بذلك لعمله في الجص ، إمام الحنفية في عصره ، ولد في بغداد وتفقه على يد الكرخي والزجاج وامتنع عن القضاء ، انظر الاعلام ١٦٥/١ ط٣.

(٣) الجصاص : تفسير أحكام القرآن ٢٩٤/٢، الناشر دار الكتاب العربي-بيروت ، الطبعة الاولى لسنة ١٣٣٥هـ.

(٤) الزبيدي : تاج العروس من جواهر القاموس ١١٥/٥، مادة عقد ، باب الدال.

فالعقد عند اللغويين : "جاء شاملا للربط أو التوثيق والالتزام من جانب واحد، أو جانبين لشيء عملاً أو تركاً "[1] ، وجاء شاملا للمعنى الحسي والمعنوي على سبيل الحقيقة لا المجاز.

تعريف العقد شرعا :

العقد في اصطلاح الفقهاء يدور حول معنيين أحدهما عام ، والآخر خاص.[2]

أولا : المعنى العام :

وهو "ما اقدم الإنسان على إنشائه[3] ملتزما بإنفاذ حكمه وأثره سواء كان له طرف يقابله فيه أم كان انشاؤه له بمفرده"[4]. فيتناول كل ما التزم المرء بالوفاء به ، سواء كان ذلك الالتزام بإلزام نفسه كالطلاق ، أم كان باتفاق وارتباط طرفين كالبيع والإجارة ، وسواء كان الالتزام بحكم ديني كأداء الواجبات والفرائض ، أم بحكم دنيوي كأحكام المعاملات ، فهو شامل لعقود الإيمان والنكاح والبيع والفرائض والواجبات والمحرمات

(١) ابو العينين : بدران ابو العينين بدران : الشريعة الإسلامية تاريخها ونظرية الملكية والعقود ص ٣٦٣ ، الطبعة لسنة ١٩٨٦م.

(٢) الكيلاني : جمال أحمد زيد الكيلاني ، نظرية محل العقد في الفقه الاسلامي ، ص١٤، الناشر : المكتبة الجامعية ، الطبعة الاولى ١٩٩٨.

(٣) الصحيح أن العقد كما يكون انشاء التزام كالبيع والاجارة فإنه أحيانا يكون نقل التزام كالحوالة أو تعديل التزام كتأجيل الدين وانهاء التزام كالابراء من الدين وفسخ التزام كالاجارة قبل أوانها.

(٤) الدرعان : عبد الله بن عبد العزيز الدرعان ، التصرف الانفرادي واثره في بناء العقود والالتزامات في الفقه الإسلامي ١٠١، الناشر : مكتبة التوبة-الرياض ، الطبعة الأولى لسنة ١٤١٣هـ.

ونحوها. قال ابن العربي[١] : "ربط العقد تارة يكون مع الله ، وتارة يكون مع الآدمي ، إما بالفعل او بالقول ، وبالفعل أقوى منه بالقول"[٢].

وجاء في أحكام القرآن للجصاص في تفسير قوله تعالى :﴿ **أوفوا بالعقود**﴾[٣] إن العقد هو كل ما يعقده الشخص على أمر يفعله هو ، أو يعقد على غيره فعله ، على وجه الزامه به، ولان العقد في اصل اللغة الشد ، ثم نقل الى الأيمان وعقود المبايعات ونحوها، فإنما أيريد به الزام الوفاء بما ذكره وايجابه عليه، وهذا يتناول ما كان مراعى منتظرا في المستقبل فسمى اليمين على المستقبل عقدا، لأنه الزم نفسه الوفاء بما حلف على فعل او ترك ، وكذلك كل شرط شرطه إنسان على نفسه في شيء يفعله في المستقبل فهو عقد. والعهد والأمان عقد ؛ لأن معطيهما قد الزم نفسه الوفاء بهما. والنذور وإيجاب القرب وما جرى مجرى ذلك عقد لنفس المعنى".[٤]

وقال بالاطلاق العام الالوسي[٥] عند قوله تعالى : ﴿**أوفوا بالعقود**﴾ [٦] أن المراد يعم جميع ما الزم الله عباده وعقد عليهم من التكاليف والأحكام الدينية ، وما يعقدونه فيما بينهم من عقود الأمانات والمعاملات ونحوها مما يجب الوفاء به"[٧]. ورجح القول بالعموم

---

(١) ابن العربي : (٤٦٨-٥٤٣هـ) محمد بن عبد الله بن محمد الاشبيلي المالكي ابو بكر بن العربي ، قاض من حفاظ الحديث ولد في اشبيلية ورحل الى المشرق وبرع في الادب وبلغ رتبة الاجتهاد في علوم الدين وهو ختام علماء الاندلس وحفاظها ، انظر الاعلام للزركلي١٠٦/٧ ، الطبعة الثالثة.

(٢) ابن العربي : أحكام القرآن ٥٢٦/٢.

(٣) سورة المائدة : آية (١).

(٤) الجصاص : أحكام القران ٢٩٤/٢، ٢٩٥.

(٥) الألوسي (١٢١٧-١٢٧٠) : محمود بن عبد الله الحسيني الألوسي ، مفسر ومحدث وأديب من المجددين مولده ووفاته في بغداد ، سلفي الاعتقاد مجتهدا وتقلد الافتاء ببلده. انظر الاعلام للزركلي ٥٣/٨ ، الطبعة الثالثة.

(٦)سورة المائدة : آية (١).

(٧) الالوسي: روح المعاني في تفسير القران العظيم والسبع المثاني ٤٨/٦.

الطبري[1] وعده اولى الاقوال بالصواب ، فهو أمر الله بالوفاء بكل عقد أذن فيه ، فغير جائز أن يخص منه شيئاً حتى تقوم حجة بخصوص شيء منه"[2] ، واستدلوا على ذلك :

بعموم قوله تعالى : ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾[3] ولا مخصص لها ؛ ولأنه أوفى بعموم الفائدة ؛ ولأن الله سبحانه وتعالى اتبع ذلك بالبيان عما أحل لعباده وحرم عليهم ، وما أوجب عليهم من مرضاته ولم يخصصه.

ثانيا : المعنى الخاص :

وهو تعلق كلام أحد العاقدين بالآخر شرعا على وجه يظهر أثره في المحل[4]. وجاء في التعريفات : "هو ربط أجزاء التصرف بالايجاب والقبول"[5]. فالمعنى الخاص يراد به الالتزام الصادر من طرفين ، ويتمثل بالايجاب والقبول، وهو المراد في معظم الأحوال عند الفقهاء عندما يتكلمون عن العقد وأركانه وصيغته حتى يكاد ينفرد بالاصطلاح. وذكر الالوسي عن الطَّبْرسي[6] في معرض التفريق بين العقد والعهد قوله : "أن العقد فيه معنى الاستيثاق والشد ولا يكون إلا بين اثنين" ، والعهد قد ينفرد به واحد.[7]

وفي الفتاوي الهندية "انه اسم لمجموع الإيجاب والقبول"[8]. وللشافعية

---

(١) الطبري : (٢٢٤-٣١٠هـ) محمد بن جرير بن يزيد الطبري ابو جعفر ، المؤرخ المفسر الامام ، ولد في طبرستان وتوفي في بغداد وعرض عليه القضاء فامتنع والمظالم فأبى ، انظر الاعلام للزركلي ٢٩٤/٦ ، الطبعة الثالثة.

(٢) الطبري : الجامع لأحكام القران ٣٣/٦. الناشر : دار المعرفة – بيروت.

(٣) سورة المائدة : آية (١).

(٤) البابرتي : كمال الدين محمد بن محمود البابرتي ت(٧٨٦هـ) : العناية على الهداية ٢٤٨/٦ ، الناشر : دار الفكر- بيروت ، الطبعة الثانية لسنة ١٣٩٧.

(٥) الجرجاني : علي ابن محمد الشريف الجرجاني : التعريفات ص ١٥٨. الناشر : مكتبة لبنان.

(٦) الطَّبْرسي : ولد (... – ٥٤٨هـ) : الفضل بن الحسن بن الفضل الطَّبْرسي ، امين الدين ، ابو علي : مفسر محقق لغوي من أجلاء الامامية نسبته الى طبرستان ، انظر الاعلام للزركلي١٤٨/٥، ط ٥.

(٧) الالوسي : روح المعاني ٤٨/٦.

(٨) نظام ومجموعة من علماء الهند : الفتاوى الهندية وبهامشه فتاوي قاضي خان ٢/٣، الناشر : دار احياء التراث العربي-بيروت ، الطبعة الرابعة لسنة ١٤٠٦هـ.

مثله[1] وللمالكية : "انه كل ما يتوقف على ايجاب وقبول ، واما غيرها من الطلاق ونحوه فهي من الاخراجات[2] ، ولا تتوقف على ايجاب وقبول"[3] فلا يكون العقد عندهم الا بين اثنين.

وذكر ابن قدامة : "إن البيع ضربان : أحدهما الايجاب والقبول ، وثانيهما التعاطي".[4]

العلاقة بين المعنى الخاص والعام :

ان المعنيين أحياناً يردان عند الفقهاء في سياق الإطلاق ، وليس على جهة التحديد، فأحيانا عند اطلاقهم كلمة عقد يريدون المعنى العام ، ويقصدون به التوثق واللزوم ، ومن ذلك ... ما أورده الجصاص عن ابي حنيفة ، "انه أطلق كلمة العقد على اليمين المتعلق بالمستقبل"[5] ، وأطلق الشافعي كلمة العقد على النذر[6]

---

(١) ابن القاسم : احمد بن قاسم العبادي الشافعي ت(٩٩٤هـ) : حاشية ابن القاسم ٣٨٧/٢ ، الناشر : الطبعة الميمنية- مصر ، مطبوع مع شرح زكريا الانصاري على متن البهجة.

(٢) الاخراجات : برز من مقره وحاله انفصل وخلص منه ، انظر المعجم الوسيط ٢٢٤/١، وفي الاصطلاح الخروج عكس الدخول وهو الانفصال من داخل الى خارج ، وهو الدفع من الداخل والابعاد والتنحية ، المرجع : انظر الشربيني مغني المحتاج ٣٣١/٤.

(٣) الدسوقي : شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٥/٣-٦، الناشر : دار احياء الكتب العربية.

(٤) ابن قدامه : المغني والشرح الكبير ٣/٤ – ٤.

التعاطي : مصدر تعاطى بمعنى العطاء ، وهو التناول ، انظر المصباح المنير ٦٧/٢، مادة عطا ، واصطلاحا : هو التعاقد بامبادلة الفعلية الدالة على التراضي دون تلفظ بالاجابة والقبول ، انظر : حيدر : درر الحكام ، مادة ١٧٥.

يرى جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والحنابلة أن البيع ينعقد بالتعاطي الذي ينطوي على دلالة تشبة الدلالة اللفظية حسب العرف والعادة ووجدت قرائن تدل على انه يفيد الرضا. وخالف الشافعية فمنعوه ، واختيار النووي منهم انعقاد البيع بالتعاطي في كل ما يعده الناس بيعا وهو الايسر لحاجة الناس. انظر البحر الرائق ٢٩٨/٥ ، والشرح الكبير بحاشية الدسوقي ٣/٣ ، والمغني لابن قدامة ٤/٤.

(٥) الجصاص : أحكام القران ٢٨٥/٣.

(٦) الشافعي :ابو عبد الله محمد بن ادريس الشافعي (ت ٢٠٤هـ) : أحكام القرآن : ٦٦/٢. الناشر : دار الكتب العلمية – بيروت ، الطبعة لسنة ١٣٩٥هـ – ١٩٧٥م. احكام القران ٦٦/٢.

وذكر ابن رجب[1] : "ان الطلاق والعتاق من أنواع العقود".[2]

فأطلق الفقهاء على هذه الضروب تسمية العقد لما فيها من معنى اللزوم ، أو على سبيل التوسع، ولكنهم عندما يتكلمون عن أحكام كل عقد يتحدد إطلاق التسمية في ضرب محدد ، وهو المعنى الخاص الذي يتم بإرادتين وبإيجاب وقبول ، فإطلاق كلمة العقد على المعنى الخاص من باب إطلاق العام لإرادة الخصوص ، ولا يقوم الا على إرادتين متقابلتين ، يتحدد بهما الالتزام في الإيجاب والقبول. واطلاق كلمة العقد على المعنى العام من باب اطلاق العموم لإرادة العموم ، وهو عموم الالتزام مما ينعقد بتصرف من طرف واحد أو من طرفين"[3].

---

(١) ابن رجب : (٧٣٦-٧٩٥هـ) (١٣٣٥-١٣٩٣م) : عبد الرحمن بن أحمد بن رجب السلامي البغدادي ثم الدمشقي أبو الفرج زين الدين ، حافظ للحديث ، ولد في بغداد ونشأ وتوفي في دمشق. انظر الاعلام للزركلي ٦٧/٤، الطبعة الثالثة، انظر المقصد الرشد في ذكر اصحاب احمد ٨١/٢ لبرهان الدين ابراهيم ابن محمد بن مفلح، الناشر : مكتبة الرشيد الرياض، الطبعة الاولى ١٤١٠هـ.

(٢) ابن رجب : القواعد في الفقه الإسلامي ق٣٩، ص٥٠، الناشر : دار الكتب العلمية -بيروت.

(٣) الدرعان : التصرف الانفرادي واثره في بناء العقود والالتزامات في الفقه الاسلامي ١٠٠-١٠١.

المطلب الثاني

ألفاظ ذات علاقة بالعقد

أولا : التصرف :

التصرف لغة : التقلب في الأمور والسعي في طلب الرزق.[١]

واصطلاحاً : هو ما يصدر عن الشخص المميز بإرادته من قول ، أو فعل يرتب عليه الشرع أثرا من الآثار[٢].

فالتصرف نوعان : فعلي وقولي.

أ. **التصرف الفعلي** : وهو ما كان مصدره عملا فعليا غير اللسان كتسليم المبيع وقبض الدين.

ب. **التصرف القولي** : هو ما كان منشأه اللفظ دون الفعل ، ويدخل فيه الكتابة والإشارة ، وهو قسمان:

القسم الأول : تصرف قولي عقدي ، ويتم نتيجة اتفاق ارادتين كالبيع.

القسم الثاني : تصرف قولي غير عقدي ، وهو ضربان:

الضرب الأول : ما كان عزيمة مبرمة وارادة منشئة لحق ، كالوقف أو منهية كالطلاق أو مسقطة كالابراء . وهذا على رأي من يرى أن العقد بمعناه العام هو: "ارتباط يتم بين إرادتين أو بإرادة واحدة".[٣]

---

(١) الفيومي : المصباح المنير ٣٦٢/١ ، مادة صرف.

(٢) الدرعان : التصرف الانفرادي وأثره في بناء العقود والالتزامات في الفقه الإسلامي ص ٧٨ .

(٣) الإمام أبو زهرة : الملكية ونظرية العقد ص١٧٩ ، الناشر : دار الفكر العربي.

الضرب الثاني : تصرف قولي : لا يتضمن ارادة منشئة او منهية او مسقطة للحقوق، كالدعوى والاقرار فلا شبه له بالعقد[1].

والعبرة في تمييز التصرف الفعلي عن التصرف القولي هو موضوع التصرف أي طبيعته، وصورته ، لا مبناه الذي بني عليه ، فلذا كان دفع الثمن وتسلم المبيع تصرفا فعليا ، ولو انه مبني على عقد البيع[2] ، فالتصرف العقدي القولي فرع من التصرف العام.

فإن التصرف أعم من العقد بمعنييه العام والخاص إذ أنه يشمل الأقوال والأفعال ، لأن العقد بعض أنواع التصرف ، والتصرف قد يكون في تصرف لا الزام فيه كالسرقة والغصب ، فكل عقد هو تصرف وليس كل تصرف عقدا.

ثانيا : الالتزام:

الالتزام لغة : الثبوت والتعلق بالشيء واعتناقه[3] ، واصطلاحا : هو كل تصرف يتضمن إرادة انشاء حق من الحقوق كالوقف ، أو اسقاط حق كابراء الدائن للمدين مما عليه من الدين ، أو انهاء حق ثابت كالطلاق.[4]

فعلى هذا يكون الالتزام مرادفا للعقد بمعناه العام ومطابقاً له ، فهو تصرف ينشئ أثرا شرعيا سواء أكان بإرادة واحدة أم بارتباط إرادتين ، وأعم من العقد بمعناه الخاص ، فعلى هذا كل عقد التزام وليس كل التزام عقد.[5]

---

(١) أبو العينين : الشريعة الإسلامية تاريخها ونظرية الملكية والعقود ص ٣٦٥ ، الزرقاء : المدخل الفقهي ٣٠٩/١.

(٢) الزرقاء : المدخل الفقهي ٣١١/١.

(٣) ابن منظور : لسان العرب ٥٤١/١٢، مادة لزم ، باب الميم ، فصل اللام.

(٤) سلطان : د. أنور سلطان : مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني ، الناشر: المكتب القانوني ، الطبعة الثانية لسنة ١٩٩٨م.

(٥) الكيلاني : نظرية محل العقد في الفقه الإسلامي ص ١٨.

المبحث الثالث

علاقة القبض بالعقد

يرى جمهور الفقهاء أن الأصل في الفقه الاسلامي حرية التعاقد في حدود النظـــام العام إلا أن كثرة القواعد في الفقه الاسلامي التي تعبر من النظام العام تضبق هذه الحرية، ولم تتقيد الشريعة الاسلامية بالشكليات في العقود إلا إذا كان لها مساس بالغاية المقصـودة من العقد كاشتراط الشهود في عقد النكاح والتقابض في عقود التبرعات ، فـــالأصل فـــي العقود والشروط الاذن والاباحة إلا ما جاء نص يمنع ذلك ويحرمـــه ، فيوقــف عنـــده ، بخلاف العبادات إذ أن الأصل فيها المنع. فيجب الوفاء بالعقود والشـــروط إلا إذا كـــانت تناقض حكم الله ورسوله فتكون باطلة لقوله تعالى ﴿ **أوفوا بالعقود**﴾[١] وقوله عليه الصلاة والسلام "**المسلمون عند شروطهم**"[٢] ، فأساس فساد العقود يرجع الى أمرين همـــا الربـــا وما يؤدي اليه والميسر وما يؤدي اليه وما في معناه من الغرر.[٣]

فللقبض علاقة وثيقة بالعقد وانعقاده ، وتختلف هذه العلاقة باختلاف العقود، وقـــد قسم الفقهاء العقود باعتبارات مختلفة ، وبينوا خواصها وأحكامها الفقهية ، بحيث يشـــمل كل قسم مجموعة من العقود تشترك باعتبارات معينة وتميزها عن مجموعـــة أخـــرى ، كالعقود المالية ، وغير المالية ، والعقود اللازمة، وغير اللازمة.

---

(١) سورة المائدة : آية (١).

(٢) الحديث أخرجه البخاري : صحيح البخاري مع الفتح ٤٥١/٤ ، كتاب الاجارة ، باب أجر السمسرة ، وفي رواية للترمذي (الا شرطا حرم حلالا أو أحل حراما) حسن صحيح ، الترمذي : الجامع الصحيح ٦٣٥/٣.

(٣) انظر ابن القيم الجوزية : اعلام الموقعين ٣٤٤/١، السنهوري : مصادر الحق ٦٢/١ ، ابن الهمام فتح القدير ٢٥٢/٥، ابن رشد المقدمات ٥٣٩ ، الشافعي : الام ٢/٣.

فالعقد في حق القبض على مراتب منها ما يشترط التقابض فيه من الجانبين كالصرف ، ومنها ما لا يشترط فيه القبض أصلا ، كالبيع في غير الاموال الربوية مما سوى الذهب والفضة ، وبيع العين بالدين مما لا يتضمن ربا النساء كبيع الحنطة بالدراهم لاختلاف العلة في الدراهم الثمينة وفي الحنطة الطعم ، ومنها ما يشترط فيه القبض من أحد الجانبين كبيع الدين بالعين وهو السلم.(١)

فالعقود باعتبار اشتراط القبض فيها أو عدمه على قسمين:

القسم الأول: عقود لا يشترط قبض المعقود عليه حين العقد ، بل يكون القبض أثرا من آثاره ، وموجبا من موجباته ، كالبيع المطلق أي اللازم، والاجارة، والنكاح ونحوها، فالبيع مثلاً : ينعقد بالايجاب والقبول ، وتترتب عليه آثاره من انتقال ملكية المبيع للمشتري ، وملكية الثمن للبائع ، سواء حصل التقابض بينهما ام لم يحصل ، الا انه يتولد عن الايجاب والقبول التزام يوجب الاقباض.

فإذا تم الانعقاد ، وجب على البائع تسليم المبيع الى المشتري . وعلى المشتري تسليم الثمن الى البائع.

إلا أن الحنفية(٢) والشافعية(٣) صرحوا بأنه لا يستقر عقد البيع الا بالقبض كالصداق في عقد النكاح ، جاء في القواعد : "فهذه العقود وأمثالها تلزم من غير قبض ، والقبض من موجبات عقودها"(٤)

---

(١) الكاساني : بدائع الصنائع ٢٣٧/٥.

(٢) ابن نجيم : الأشباه والنظائر ص٣٤٩.

(٣) السيوطي : جلال الدين عبد الرحمن السيوطي ت(٩١١هـ) ، الاشباه والنظائر ص٢٨١، الناشر : مكتبة مصطفى الباب الحلبي وأولاده-مصر ، الطبعة الاخيرة لسنة ١٣٧٨هـ.

(٤) ابن رجب : القواعد في الفقه الاسلامي ، ق ٤٩ ص ٦٨.

أما الإجارة فاختلف فيها على قولين:

القول الأول : للحنفية[١] :

إن الأجرة لا يملكها المؤجر بنفس العقد ، وإنما يملكها بالاستيفاء او التمكن منه او بالتعجيل او شرط التعجيل، كما لا يملك المستأجر المنافع بالعقد لأنها تحدث شيئا فشيئا ، وانما يملكها بالاستيفاء او بالمراحل.

القول الثاني : للجمهور من المالكية[٢] والشافعية[٣] والحنابلة[٤] :

أنها تنعقد بالإيجاب والقبول ، وتترتب عليها آثارها دون حاجه الى الاستيفاء. إلا ان المالكية ، رغم قولهم بلزوم عقد الإجارة بالإيجاب والقبول ، أي ليس لأحد من الطرفين فسخه مع عدم إمكان الاستيفاء ، لهم اتجاه يقارب الحنفية وهو أنه يملك الاجرة بالاستيفاء[٥].

القسم الثاني : عقود يشترط قبض المعقود عليه حين العقد وهي على ضربين :

الضرب الأول : ما يشترط فيه قبض المعقود عليه حين العقد في مجلس العقد كرأس مال السلم، والتقابض في الأموال الربوية ، والصرف. فالقبض في مجلس العقد شرط صحتها وتمامها ، فإذا تفرق العاقدان من دون قبض بطل العقد ، والقبض هنا

---

(١) الميرغيناني : برهان الدين بن الحسن على بن ابى بكر بن عبد الجليل الرشداني الميرغيناني (ت ٥٩٣هـ): الهداية شرح بداية المبتدى ٢٣٢/٣ : الناشر : شركة مصطفى البابي الحلبي واولاده بمصر : الطبعة الاخيرة.

(٢) هارون : القاضي ابو محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر بن احمد بن حسين بن هارون البغدادي المالكي: (٣٦٢-٤٢٢هـ): التلقين في الفقه المالكي : تحقيق محمد الغاني ٣٩٩/٢. الناشر : دار الفكر ، الطبعة لسنة ١٤١٥هـ - ١٩٩٥م.

(٣) الشربيني : محمد بن احمد الشربيني الخطيب: مغنى المحتاج الى معرفة معاني ألفاظ المنهاج ٣٣٤/٢ ، الناشر: دار الفكر -بيروت.

(٤) الفتوحي : تقي الدين محمد بن احمد الفتوحي الحنبلي المصري الشهير بابن النجار : منتهى الارادات في جمع المقنع مع التنقيح وزيادات : ٤٨٩/١. الناشر : عالم الكتب ، تحقيق عبد الغني عبد الخالق.

(٥) ابن رشد الجد: محمد بن أحمد بن رشد : المقدمات ٦٢٥/٢ ، الناشر : مكتبة المثنى-بغداد ، الطبعة الاولى.

يستند الى سبب صحيح وهو الإيجاب والقبول، فيكون القبض شرط تمام لا شرط انعقاد.[١]

وأجاز المالكية في المشهور من قولهم : تأخير قبض رأس مال السلم اليوم واليومين ؛ لان ما قارب الشيء يعطى حكمه.[٢]

الضرب الثاني : عقود التبرعات :

القبض معتبر في عقود التبرعات ، جاء في القواعد الفقهية "لا يتم التبرع الا بالقبض"[٣] إلا أن القبض أحيانا يكون شرطا لنقل الملكية وأحيانا شرطا للزوم العقد. وثار جدل بين الفقهاء حول القبض هل هو شرط للزوم العقد واستمراره أو شرط انعقاد العقد وإنشائه ، واختلفوا في ذلك على قولين:

القول الأول: للجمهور من الحنفية[٤] ، والمالكية[٥] ،والشافعية[٦] والحنابلة[٧]:

إن القبض شرط للزومه واستمراره وليس ركنا في العقد ؛ لان العقد تراض في نظر الشرع ، ويتم بالايجاب والقبول ، لكنه غير لازم ويفتقر الى القبض مع خلاف بين الفقهاء بين عقد وآخر ، هل هو شرط صحة أو شرط لزوم أو شرط لنقل الملكية.

---

(١) الميداني : عبد الغني الغنيمي الدمشقي الميداني الحنفي : اللباب في شرح الكتاب على القدوري: ٣٩/٢ ، ٤٤/٢ ، الناشر : المكتبة العلمية – لبنان ، الطبعة لسنة ١٤١٣هـ – ١٩٩٣م ، عبد الوهاب : التلقين في الفقه المالكي ٣٧٧/٢، قليوبي وعميرة : شهاب الدين القليوبي والشيخ عميرة ، حاشية قليوبي وعميرة ١٦٧/٢ ، الناشر : دار احياء الكتب العربية ، ٢٤٥/٢ ، البهوتي : كشاف القناع عن متن الاقناع ٢٦٦/٣ ، ٣٠٤/٣.

(٢) الدسوقي : حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ١٩٥/٣ ، القاعدة ذكرها علي أحمد الندوي في القواعد الفقهية ص١٧٣، ٣١٥، الناشر : دار القلم ، دمشق ، ط١، ١٤٠٦، ونسبها الى كتاب الاسعاف بالطلب مختصر شرح المنهج.

(٣) الزرقاء : شرح القواعد الفقهية ص ٢٩٩ ق ٥٦، الناشر: دار القلم – دمشق، راجعه عبد الستار ابو غده، الطبعة الثانية ، لسنة ١٤٠٩هـ– ١٩٨٩م.

(٤) الكاساني : بدائع الصنائع ١١٥/٦.

(٥) الدردير :احمد الدردير ، الشرح الكبير ١٠١/٤، الناشر: دار احياء الكتب العربية، ١٣٧٣ ، ومطبوع بحاشية الدسوقي.

(٦) السيوطي : الاشباه والنظائر ٢٧٥،٢٨٠.

(٧) ابن رجب : القواعد الفقهية : ق٤٩ ص٦٨.

وقد دلت السنة في حديث جابر رضي الله عنه في بيع جمله من الرسول صلى الله عليه وسلم واستثناء ظهره الى المدينة قال : عن جابر[1] بن عبد الله رضي الله عنهما قال : "**كنت مع النبي صلى الله عليه وسلم في غزاة فأبطأ بي جملي وأعيا ... ، ثم قال النبي الله صلى الله عليه وسلم : أتبيع جملك؟ قلت : نعم فاشتراه مني بأوقية ، ثم قدم رسول الله صلى الله عليه وسلم قبلي ، وقدمت بالنداء ، فجئنا الى المسجد ... ، قال : دع جملك ... فأمر بلالا أن يزن له أوقية ، فوزن لي بلال فأرجح في الميزان ... ، ثم قال : خذ جملك ولك ثمنه**".[2]

فالحديث صريح في استثناء منفعة المبيع مدة معينة ، هذا يستلزم عدم وجوب تسليم المبيع عقيب العقد بل يقتضي جواز التأجيل

وللمالكية ان عقود التبرعات تلزم وتملك بالايجاب والقبول ، وعلى المتبرع اقباض ما تبرع به ، ويجبر على ذلك.[3]

القول الثاني: قول للحنفية[4]،والمالكية[5]، والشافعية[6]، والحنابلة[7]:

إن القبض ركن في العقد لأنه لا ينعقد العقد ولا ينشأ إلا بحصول القبض.

وعليه لا أثر للايجاب والقبول في تكوين وانشاء العقد لأن الركن جزء من حقيقة الشيء وداخل فيه ، ويتوقف عليه وجوده وعدمه. وأما الشرط فهو خارج عن ماهية الشيء.

---

(١) جابر :(١٦ق.هـ - ٧٨هـ) : جابر بن عبد الله بن عمرو بن حرام بن كعب الانصاري السلمي احد المكثرين للحديث، صحابي وهو مع من شهد العقبة وغزا تسع عشرة غزوة،انظر الاعلام للزركلي٢/٩٢،الطبعة الثالثة،صفوة الصفوة ٦٤٨/١.

(٢) الحديث : أخرجه البخاري : صحيح البخاري مع الفتح ٣٢٠/٤-٣٢١، كتاب البيوع ، باب شراء الدواب والحمير ، رقم الحديث (٢٠٩٧) ، ومسلم : صحيح مسلم ١٢٢٣/٣ ، كتاب المساقاه ، باب بيع البعير واستثناء ركوبه ، دار الفكر-بيروت، الطبعة لسنة ١٤٠٣هـ.

(٣) الدسوقي : حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ١١/٤.

(٤) الكاساني : بدائع الصنائع ١١٥/٦.

(٥) الابي : محمد بن خليف الوشتاني الابي ، صحيح مسلم مع شرحه اكمال اكمال المعلم. ٤٧٥/٥، الناشر : دار الكتب العلمية-بيروت ، الطبعه الاولى ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م.

(٦) الغزالي : الوسيط في المذهب ٤٨٥/٣.

(٧) الزركشي : شمس الدين محمد بن عبد الله الزركشي المصري الحنبلي (ت ٧٧٢هـ): شرح الزركشي على مختصر الخرقي ٣٠٢/٤، الناشر : مكتبة العبيكان ، الطبعة الأولى لسنة ١٤١٣هـ ، تحقيق عبد الله الجبرين.

وتظهر ثمرة الخلاف فيما حلف لا يهب هذا الشيء لفلان فوهبه منه فلم يقبل انــه يحنث استحسانا على القول الأول ، وعند زفر لا يحنث ما لم يقبل ويقبضها على القــول الثاني[1]

الترجيح :

بعد استعراض أقوال الفقهاء أرى أن الراجح هو أن القبض ليس ركنا في العقــد وإنما هو معتبر في عقود التبرعات، ويختلف باختلاف العقود ، فإما أن يكون شرط صحة أو شرط لزوم أو شرط تمام على خلاف بين الفقهاء وذلك للأسباب التالية :

أولا : أن المعنى الشرعي للعقد هو "ارتباط الايجاب بالقبول علــى وجــه يظــهر أثــره الشرعي في محله".[2] وهذا يتحقق بالايجاب والقبول او ما يقوم مقامهما.

ثانيا : إن العقود التي تضاف الى المستقبل قد قال العلماء فيها أنها تنعقــد حــالا ، أمــا التصرف فيكون حين تحقق ما أضيف اليه العقد من الزمن ، وهذا مستند الى سـبب صحيح وهو الايجاب والقبول ، فكيف يقال إن القبض ركن في العقد والركن جــزء من ماهية الشيء وداخل فيه وليس كذلك القبض.

فالقبض شرط لزوم وتمام ، وانه ضروري لاستقرار العقد ، وليس ركنا فيه. حيث أطلق الشافعية على القبض انه ركن في الرهن لقوته عن طريق المجاز والله أعلم.

---

(١) الكاساني : بدائع الصنائع ٦/١١٥.

(٢) الزرقاء : المدخل الفقهي العام ١/٣١٢.

المبحث الرابع

ضابط القبض وطرقه

المطلب الأول

ضابط القبض

الضابط لغة : القوي الشديد[1] ، وهو عند المحدثين : الحافظ المتقن ، وعند الاصوليين : ما يقصد به نظم صور متشابهة ، أو ما عم صورا ، أو ما كان القصد منه ضبط صور بنوع من أنواع الضبط من غير نظر في مأخذها ، وإلا فهو القاعدة.[2] والقاعدة : هي الأساس والأصل في اللغة[3] ، سواء كان ذلك في الحسيات ، كأساس البيوت ، أو في المعنويات ، كقواعد الكلام وقواعد العلم. وهي حكم أغلبي ينطبق على معظم جزئياته لتعرف أحكامها منها.[4] من العلماء من فرق بين القاعدة والضابط ، حيث قال ان الضابط يجمع فروعا من باب واحد ، وأن الواجب فيه هو الجمع والانعكاس ، وأما المنع والاطراد فليس بواجب لها (كالطهارة الصغرى داخلة في الطهارة الكبرى) ، أما القاعدة فتتسع لتشمل كثيرا من الفروع والجزئيات التي هي من أبواب شتى متعددة ، وجهات مختلفة من عبادات ومعاملات، مثل : المشقة تجلب التيسير ، فالقاعدة أعم من الضابط. ومن العلماء من لا يهمهم التفريق بينهما فيطلقون لفظة القاعدة على الضابط ، ويعتبرونه نوعا من أنواع القاعدة ومرتبة من مراتبها. فلا داعي إذن للتفرق بين القاعدة والضابط ما دام الضابط يمثل مرتبة من مراتب القاعدة ، إلا أن يراد به ما دون القاعدة

---

(١) الزيات : المعجم الوسيط ٥٣٣/١، مادة ضبط.

(٢) عبد المنعم : د. محمود عبد الرحمن عبد المنعم : معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية ٤٠٤/٢، الناشر : دار الفضيلة.

(٣) الزيات : المعجم الوسيط ٧٤٨/٢، مادة قعد.

(٤) الحموي : أحمد بن محمد الحنفي الحموي : غمز عيون البصائر على الاشباه والنظائر ٥١/١ ، الناشر : دار الكتب العلمية ، الطبعة لسنة ١٤٠٥هـ.

الكلية من التعريفات الموجزة التي تنتظم في كل منها مجموعة من الأحكام بقصد التمييز بينها وبين غيرها ، فلا مشاحة في الاصطلاح ، والعبرة بالمعنى لا باللفظ.

القبض من المسائل التي تخضع لأحكام العرف والعادة[1] ونصوص الفقهاء في ذلك اكثر من ان تحصى ، فهي تعطى بمجموعها شبه اجماع على ان حقيقة القبض ترجع الى العرف والعادة.

وللعرف اعتبار في الشرع ، وسلطان في الاحكام العملية بين الناس. جاء في رسائل ابن عابدين[2] :"ان اعتبار العادة والعرف رُجع إليه في مسائل كثيرة ، حتى جعلوا ذلك أصلا ، فقالوا : تترك الحقيقة بدلالة الاستعمال والعادة[3]. جاء في الاحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام : "كل ما هو في الشريعة يتبع العوائد يتغير الحكم فيه عند تغير العادة إلى ما تقضيه العادة المتجددة".[4]

ولابن القيم[5] "أن الجمود على المنقولات ابداً ضلال في الدين ، وجهل بمقاصد العلماء فمهما جاء في العرف فاعتبره ومهما سقط فألغه ولا تجمد على المنقول طول عمرك[6]. وقال السيوطي[7] :"قل ما ورد به الشرع مطلقا ولا ضابط له فيه ، ولا في اللغة، يرجع فيه الى العرف".[8]

---

(١) العادة : وهي الأمر المتكرر من غير علاقة عقلية ، كعادة الشخص في نومه أو أكله. والعرف : هو عادة جمهور قوم في قول او عمل. ويسمى ايضا عادة او تعاملا ، كلفظ اللحم والولد وتقسيط الاجور للعقارات، فالعرف نوع من العادة ، والعادة أعم من العرف لأنها تشمل العادة الناشئة من عامل طبيعي والعادة الفردية ، وعادة الجمهور التي هي العرف ، فالعلاقة بينهما العموم والخصوص المطلق ، فكل عرف هو عادة ، وليست كل عادة عرفا ، لأن العادة قد تكون مشتركة أو فردية. انظر : الزرقاء : المدخل الفقهي العام ٢/٨٣٨، ٨٤١.

(٢) ابن عابدين : (١١٩٨-١٢٥٢هـ) : محمد امين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي ، فقيه اصولي ولد وتوفي في دمشق ، انظر معجم المؤلفين ٩/٧٧ ، الناشر : دار إحياء التراث العربي-بيروت، الطبعة لسنة ١٣٧٦هـ.

(٣) ابن عابدين: رسالة نشر العرف ضمن مجموعة رسائل ابن عابدين ٢/١١٥-١١٨ الناشر : الأستانه.

(٤) القرافي : الاحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام ٢٣١-٢٣٤. تحقيق ابو غدة – مكتبة المطبوعات الاسلامية لسنة ١٣٨٧هـ.

(٥) ابن القيم : (٦٩١-٧٥١هـ) (١٢٩٢-١٣٥٠م) ، محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد بن حريز الزرعى الدمشقى ، فقيه اصولي حنبلي ، كان والده قيما على المدرسة الجوزية ، فقيل له قيم الجوزية ، نسبة الى واقفها أبى الفرج الجوزي، لازم ابن تيمية وكان أخص تلاميذه ، توفي في دمشق ودفن فيها. انظر الأعلام للزركلي ٦/٢٨٠ ، الطبعة الثالثة.

(٦) ابن القيم : اعلام الموقعين عن رب العالمين ٣/٧٨. الناشر : دار الجليل-بيروت لسنة ١٩٧٣ ، علق عليه طه عبد الرؤوف مسعد.

(٧) السيوطي : (٨٤٩-٩١١هـ) :عبد الرحمن بن أبي بكر بن محمد بن سابق الدين الخضري السيوطي جلال الدين ، امام حافظ مؤرخ ، اديب ، ولما بلغ الاربعين سنة اعتزل الناس وخلا بنفسه في روضة المقياس على النيل منزويا عن أصحابه ويرد العطايا ، ويلقب بابن الكتب ، انظر الاعلام للزركلي ٤/٧١، الطبعة الثالثة، ابن العماد : ابو الفلاح عبد الحسن بن العماد الحنبلي ، شذرات الذهب في أخبار من ذهب ٨/٥٤، الناشر دار الافاق ، بيروت.

(٨) السيوطي: الأشباه والنظائر، ص٩٨.

فللعرف اعتبار في الشرع ، وسلطان في الأحكام العملية بين الناس توليدا وتجديدا. وله السلطان المطلق ، والسيادة التامة في فرض الأحكام وتقييد الآثار للعقود ، وتحديد الالتزامات. وذلك في كل موطن لا يصادمه فيه نص شرعي ، وأن يكون مطردا ، وغالبا، وقائما عند انشاء التصرفات.(١)

والأحكام تتجدد وتتبدل بتجدد الأعراف وتبدلها عبر الأزمان فالنص المبني على اعتبار عرف ما في أي زمن ، يتغير فيه الحكم بتغير العرف. قال ابن عابدين: "فالنص في ذلك الوقت إنما كان للعادة ، فإذا تغيرت العادة تغير الحكم. فليس في اعتبار العادة المتغيرة الحادثة مخالفة للنص بل فيه اتباع للنص".(٢) فالقبض اعتبره الشرع ونص عليه ، وأطلقه ولم يبين له حدا، فيكون المرجع فيه إلى العرف. فالاجتهادات الفقهية متفقة على هذا الاعتبار وان كان بينها شيء من التفاوت في حدوده ومداه. فالحنفية قالوا : "إن المحكم فيه العرف"(٣) . وللمالكية(٤) أن غير العقار وما فيه حق توفيه المرجع فيه إلى لعرف. وللشافعية(٥) أن الرجوع في حقيقة القبض إلى العرف لعدم ما يضبطه شرعا أو لغة. وللحنابلة(٦) أن القبض مطلق في الشرع فيجب الرجوع فيه إلى العرف كالإحراز.

---

(١) الزرقاء : المدخل الفقهي ٢/٨٦٩.
(٢) ابن عابدين : رسالة نشر العرف ضمن رسائل ابن عابدين ٢/١١٥ –١١٨.
(٣) العيني : البناية في شرح الهداية ٦/٢٥٦. الناشر : دار الفكر ، الطبعة لسنة ١٤٠١هـ – ١٩٨١م.
(٤) الحطاب: مواهب الجليل على مختصر سيدي خليل ٦/٤١٣.
(٥) الرملي : شمس الدين محمد بن ابي العباس احمد بن حمزه بن شهاب الدين الرملي الملوقي المصري الشهير بالشافعي الصغير (ت ١٠٠٤هـ) : نهاية المحتاج الى شرح المنهاج ومعه حاشية الشبراملسي وحاشية المغربي الرشيدي ٤/٩٣.
(٦) ابن تيمية : تقي الدين ابن تيمية : القواعد النورانية الفقهية ٨٠ – ٨١ ، الناشر : دار الكتب العلمية–بيروت ، لسنة ١٤١٤هـ.

المطلب الثاني

طرق القبض

إن طرق القبض التي ذكرها الفقهاء بإفاضة ، وصوره المتداولة في عصورهم ، تعود في الواقع إلى العرف السائد في زمانهم ، وتتجدد صور القبض بتجدد الأعراف والعادات ، وتختلف باختلاف الأموال والأحوال ، وطبيعة المعاملات. ولا يخلو الشيء المستحق إقباضه من أن يكون في يد مالكه أو أن يكون بيد مستحقه. فطرق القبض تبعا لذلك على حالين ، على التفصيل التالي:

الحالة الاولى : ان يكون الشيء المستحق اقباضه بيد مالكه ، فيتم اقباض الشيء المستحق اقباضه بالعقد بالطرق التالية:

أولا: ان يتم القبض عن طريق المناولة باليد[١] :

المناولة لغة : نقول نولته المال تنويلا أي : أعطيته ، وناولته الشيء تناوله أي : أخذه وتعاطاه ، ونال الشيء : حصل عليه[٢].

فمناولة الشيء المستحق إقباضه إلى مستحقه بيده يعتبر إقباضا له كالحلي، والجواهر والكتب ، والأقلام وغيرها من السلع الممكن تناولها باليد ، وهذه أقوى أنواع طرق القبض وأكثرها ، فوضع اليد على الشيء حقيقة كأخذه وتسلمه ، لأن اليد هي الآلة للأخذ والاستيلاء. وجاء في الحديث الشريف "**فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم اذا كان يداً بيد**"[٣] ، أي: بدون تأخير ولا تأجيل مع التقابض في مجلس العقد من يدك إلى يده ومن يده الى يدك.

---

(١) حيدر : علي حيدر : دور الحكام م ٢٧٤ ، جزء ٢٢٣/١. الناشر : دار الكتب العلمية-بيروت ، الخرشي: الخرشي على مختصر خليل ١٨٥/٥ ، النووي : المجموع شرح المهذب ٢٧٦/٩ ، ابن قدامه : المغني والشرح الكبير ٢٢٢٠/٤.

(٢) الفيومي : المصباح المنير ٣٥٦/٢.

(٣) الحديث رواه مسلم : صحيح مسلم ١٢١١/٣ ، كتاب المساقاة ، باب الصرف ، رقم الحديث (١٥٨٧).

وفي المصباح المنير "في حال كونه مادا يده بالعوض وفي حال كوني ماداً يـــدي بالمعوض".[١] ومثلها كلمة (هاء وهاء) ، أي : مقابضة في المجلس بقوله هاء فيقبّضه ما في يده، وجاء في نيل الأوطار : "هذه كلمة تستعمل عند المناولـــــة"[٢] أي : كنايـــة عـــن كونهما مقبوضين".[٣]

وخالف الحنفية[٤] الجمهور في ذلك ، واعتبروا "أن يدا بيد" ، أي : عينا بعين. فلم يشترطوا القبض باليد إلا في الصرف ، لأن الذهب والفضة لا يتعينان بالتعيين ، فأقامـــا القبض مقام التعيين وفي باقي الأموال الربوية يتم القبض فيها بالتعيين لأن اليد هي الآلة ، والتعيين يحصل بالإشارة باليد.

ثانيا : التخلية :

التخلية لغة : مصدر خلى ، ومن معانيها : الترك ، والإعراض ، والانفـــراد[٥] ، وعرفها الحنفية بأنها : "رفع الموانع والتمكين من القبض"[٦] وتكون التخليـــــة مـــن قبـــل المعطي ، والقبض يكون من قبل الآخذ. فإذا خلى البائع بين المبيع وبين المشتري برفـــع الحائل بينهما وأذن له في القبض حصلت التخلية من البائع والقبض من المشتري وكـــذا تسليم الثمن من المشتري الى البائع.[٧] والأصل في التخلية أنها نوع من أنواع التســـليم ، والقبض أثر لها ، فالتسليم قد يكون بالتخلية ، فإذا باع دارا مثلا وخلى البائع بين المبيـــع

---

(١) الفيومي: المصباح المنير ٣٥٧/٢ ، مادة يد.

(٢) الشوكاني : محمد بن علي بن محمد الشوكاني : نيل الاوطار شرح منتقى الاخبار ٢١٩/٥. الناشر : مكتبة ومطبعـــة مصطفى البابي الحلبي وأولاده-مصر ، الطبعة الاخيرة.

(٣) الشاذلي : كفاية الطالب الرباني ١٩٢/٢.

(٤) العيني : البناية شرح الهداية ٥٤٤/٦.

(٥) الزبيدي : تاج العروس ومتن اللغة٣٩١/٩١ ، مادة خلا، باب الالف، ابن منظور لسان العرب ٢٤١/١٤، مادة خـلا ، باب الألف ، فصل الخاء.

(٦) ابن عابدين : حاشية رد المحتار ٤٧٩/٦، الناشر : دار الفكر-بيروت، الطبعة الثانية لسنة ١٣٨٦هـــ.

(٧) الكاساني : بدائع الصنائع ٢٤٤/٥ ، الشرح الكبير على حاشية الدسوقي ١٤٥/٣ ، القليوبي وعميرة : حاشية القليوبـــي ٢١٥/٢، ابن قدامة : المغني والشرح الكبير ٢٢٠/٤.

وبين المشتري برفع الحائل بينهما على وجه يتمكن من التصرف فيه أصبح البائع مسلما للمبيع والمشتري قابضا له.[١]

والتخلية قبض في العقار باتفاق الفقهاء[٢] ، وكذلك في بيع الثمر على الشجر عند الحنفية والشافعية خلافا للمالكية[٣] والحنابلة[٤] .

وفيما يمكن نقله من الأعيان فعند الحنفية[٥] وقول عند الشافعية[٦] ورواية عند الحنابلة[٧] أن التخلية قبض حكما مع القدرة عليه بلا كلفة ويختلف باختلاف الأشياء.

واعتبر الحنفية[٨] ان التخلية قبض تام يترتب عليه جميع الأحكام المترتبة على العقد بالكامل وذلك فيما يلي :

أ. في كل ما ليس له مثل كالمذروعات والمعدودات المتفاوتة.

ب. فيما له مثل إذا بيع جزافاً ، لأن الجزاف لا يعتبر فيه معرفة القدر ، فكانت التخلية فيه قبضا تاما.

ج. اختلف الحنفية فيما بينهم في المعدودات المتقاربة اذا بيعت عددا لا جزافاً ، فقال الصاحبان : "إن التخلية فيها قبض تام كالمذروعات ، لأن المعدودات ليست من أموال الربا ؛ فلم تكن المساواة فيها شرطا لجواز العقد ، فكان حكمها حكم المذروع ، يجوز بيعها قبل العد. وهذا الراجح في رأيي لقوة دليله. وقال أبو حنيفة : التخلية في المعدودات المتقاربة تعتبر قبضا ناقصاً ، لان القدر في المعدود معقود عليه كالقدر في

---

(١) الكاساني : بدائع الصنائع ٢٤٤/٥، الدسوقي : حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ١٤٥/٣ ، النووي : المجموع ٢٦٥/٩-٢٧٢ ، ابن قدامة : المغني والشرح الكبير ٢٤٠/٤.

(٢) الطحاوي : ابو جعفر احمد بن محمد سلامه الطحاوي ت(٣٢١هـ) : شرح معاني الآثار ٣٦/٤ ، الناشر: دار الكتب العلمية بيروت ، الطبعة الأولى لسنة ١٣٩٩هـ، النووي : المجموع ٢٦٥/٩ ، ابن قدامة : المغني والشرح الكبير ٢٢٠/٤.

(٣) الحطاب : مواهب الجليل ٤١٣/٦.

(٤) ابن قدامة : المغني والشرح الكبير ٢٢٠/٤.

(٥) ابن عابدين : حاشية رد المحتار على الدر المختار ٥٢٢/٤.

(٦) النووي : المجموع ٢٩٥/٩.

(٧) ابن قدامة : المغني والشرح الكبير ٢٢٠/٤.

(٨) الكاساني : بدائع الصنائع ٢٤٣/٥ وما بعدها.

المكيل والموزون ، والزيادة لا تطيب له بلا ثمن، ويرجع بقدر النقصان إن وجدها ناقصة. فلا بد من معرفة قدر المعقود عليه وامتيازه من غيره. ولا سبيل لذلك الا بالعد فأشبه المكيل والموزون. وأما عدم جريان الربا فيه لأن المساواة بين واحد وواحد في العد ثبتت باصطلاح الناس وإهدارهم التفاوت بينهما. وجاز أن يبطل ذلك باصطلاح الناس كذلك ، فلا يجوز التصرف فيه قبل القبض لاعتبار العد.

وتكون التخلية قبضا ناقصاً ، أي : أن المشتري لا يجوز له بيع المبيع قبل نقله أو كيله أو وزنه أو عده – فيما له مثل وبيع مكايلة أو موازنة في المكيل والموزون ، حيث لا يجوز للمشتري ان يتصرف فيه بيعا قبل كيله أو وزنه. وكذلك إذا اكتاله المشتري أو اتزنه من بائعه ، ثم باعه مكايلة أو موازنة لغير البائع ، فلا يحل للمشتري الثاني أن يبيعه أو ينتفع به ، حتى يكيله او يزنه ، ولا يكتفى باكتيال البائع او اتزانه من بائعه ، وان كان ذلك بحضرة المشتري في إحدى الروايتين.

شروط التخلية :

واشترط الحنفية[1] لاعتبار التخلية قبضا الشروط التالية :

أ. الإذن بالقبض، وقد ورد في بعض عباراتهم ان يقول البائع : خليت بينك وبين المبيع فاقبضه، ويقول المشتري : قبضت. وليس القول مقصوداً فكما يكون الاذن بصريح العبارة يكون بالكتابة أو الوضع ، أو اخذ الثمن ، أو ترك البائع لبعض السلعة ، وفي كل ما تعارف عليه الناس.

ب. أن يكون المبيع مفرزاً غير مشغول بحق الغير، اما اذا كان شاغلا حق الغير مثل الحنطة في أكياس البائع فلا يمنع التخلية.

ج. أن يكون المبيع بحضرة المشتري بحيث يصل إليه دون مانع عند الصاحبين خلافا لأبي حنيفة ، حيث تصح عنده التخلية ولو كان بعيدا. ووُصف قوله بالضعف ، لأنه إذا

---

(١) ابن عابدين : حاشية رد المحتار على الدر المختار ٥٦٢/٤.

كان قريبا يتصور فيه القبض الحقيقي في الحال ، فتقام التخلية مقام القبض وإذا كان بعيدا فلا يتصور القبض في الحال ، فلا تقام التخلية مقام القبض.

ثالثا : اتباع المشتري الجاني بالضمان :

يعتبر بعض الحنفية انه إذا جنى الأجنبي على المبيع واختار المشتري اتباع الجاني بالضمان، فاختياره بمنزلة القبض ، لان جناية الأجنبي حصلت بإذن المشتري وأمره ضمنا ، فيصير قابضا كما لو ارتكب الجناية بنفسه ، ولأن فعل الأجنبي بأمر المشتري بمنزلة فعل المشتري نفسه.

واختيار المشتري ذلك تمليك من المضمون عليه ، لأن المضمونات تملك باختيار الضمان بأثر رجعي يستند إلى وقت حدوث سبب الضمان فيصير كأن الجناية حصلت بأمر المشتري فيصير قابضا. فإذا هلك المبيع يكون الهلاك على المشتري ، ويتقرر عليه الثمن ، ولا يبطل البيع. وخالف في ذلك الإمام محمد بن الحسن[1] حيث قال : "لا يصير قابضا ، ويبقى المبيع من ضمان البائع ، والهلاك عليه ويبطل البيع ويسقط الثمن عن المشتري".[2]

والضمان متعلق بالعين لأن قيمة العين قائمة مقامها ، والعين إذا كانت قائمة فهلكت قبل القبض كان الهلاك على البائع فكذا القيمة[3].

---

(١) ابن الحسن الشيباني: (١٣١-١٨٩هـ) : محمد بن الحسن بن فرقد ابو عبد الله الشيباني ، فقيه العراق ، صاحب أبي حنيفة ، وأخذ عنه وتمم على القاضي أبي يوسف وأخذ عنه الامام الشافعي. انظر الاعلام للزركلي ٣٠٩/٦، الطبعة الثالثة ، اللكنوي : ابي الحسنات محمد عبد الحي اللكنوي ، الفوائد البهية في تراجم الحنفية ، ص١٦٣، الناشر دار المعرفة بيروت.

(٢) الكاساني : بدائع الصنائع ٢٤٦/٥ ، السرخسي : شمس الدين السرخسي : المبسوط ١٧٢/٣. الناشر : دار المعرفة- بيروت ، الطبعة لسنة ١٤٠٦هـ.

(٣) الكاساني : بدائع الصنائع ٢٤٦/٥.

رابعا : إيداع البائع المبيع عند المشتري أو إعارته له :

وإذا أودع البائع المبيع عند المشتري أو أعاره له فيصير بذلك قابضا له، لأن الإعارة والإيداع أمانة في يد المشتري ، وهو لا يصلح نائبا عن البائع في وضع يده ، لأنه أصل في ملك الشيء ، فكان أصلا في وضع اليد. فإذا ثبتت يد المشتري على المبيع كانت يده يد ملك ويد الملك لازمة، فلا يملك أحد ابطالها بالاسترداد ، ويسقط حق الحبس والايداع. والإعارة للمالك لا تصح ، ويصير قابضا ما لو أودعه عند أجنبي أو أمر البائع بوضعه عند أجنبي لأن الإعارة والايداع عند آخر عمل صحيح. فقد أثبتت يد النيابة لغيره ويده أمينة كيده فصار قابضا بخلاف ما لو أودع المشتري المبيع عند البائع أو أعاره له أو آجره لم يكن ذلك قبضا ، لأن هذه التصرفات لم تصح من المشتري لأن يد الحبس بطريق الأصالة ثابتة للبائع فلا يتصور إثبات يد النيابة.(١)

خامسا : الإتلاف :

الإتلاف لغة : من تلف أي : هلك ، وأتلفه أفناه ، والإتلاف إحداث التلف.(٢)، وعرفه الكاساني(٣) بقوله : "اتلاف الشيء إخراجه من أن يكون منتفعا به منفعة مطلوبة فيه عادة".(٤) والتلف اعم من الإتلاف لأنه كما يكون نتيجة إتلاف الغير فإنه قد يكون نتيجة آفة سماوية.(٥) وهو نوعان : حسي وشرعي ، فالحسي : هو هلاك العين نفسها سواء اتى عليها كلها أم على بعضها كالموت وقطع اليد ، والشرعي : هو منع الشارع من الانتفاع بالعين مع بقائها بسبب من المتلف، سواء أكان المنع عاما يدخل فيه المتلف

---

(١) الكاساني : بدائع الصنائع ٢٤٦/٥.

(٢) الفيومي : المصباح المنير ٨٤/١.

(٣) الكاساني : .... –٥٨٧هـ ، .... –١١٩١م أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني أو الكاشاني علاء الدين فقيه حنفي اصولي نسبة الى كاسان من بلاد تركستان ، توفي في حلب ، انظر الاعلام للزركلي٧٠/٢ ، الطبعة الخامسة ، اللكنوي : الفوائد البهية ص٥٣.

(٤) الكاساني : بدائع الصانع ١٦٤/٧.

(٥) قيلوبي وعميرة : حاشية قيلوبي على منهاج الطالبين ٢٠/٣.

وغيره ، كما في العين ، أم مباحا للمتلف دون غيره كما في وطء الأمة ، أم كان مباحا لغير المتلف كما في الصدقة والهبة ، ومن صوره ، ما لو اشترى أمة فأعتقها أبوه قبل قبضها وذلك لأن الشارع جعل عتق أبيه كعتقه ، ورتب عليه حكمه ، أو يحكم للعبد بحريته قبل القبض ، فلو كان بعد القبض لم يرجع على البائع بالثمن لتفريطه بعدم السؤال.[١]

أثر الإتلاف في تحقق القبض :

من المقرر شرعا أن المبيع قبل قبضه يكون من ضمان البائع ، وأن إتلاف المشتري للمبيع كله أو بعضه وهو في يد البائع يعتبر قبضا وتترتب عليه آثاره ، فيلزم المشتري الثمن ويتقرر عليه ، ولا ينفسخ البيع فيما بينهم ، لأن المشتري لا يمكنه اتلاف المبيع كله أو بعضه إلا بعد إثبات يده عليه وتمكنه منه، ولأن الإتلاف تصرف فيه حقيقة، ومن المقرر أن التخلية قبض لأنها تمكين في التصرف ، والتخلية دون حقيقة التصرف فمن باب أولى أن يكون قابضا بالإتلاف ، ولأنه اتلف ملكه ، فأشبه ما إذا أتلف المالك المغصوب في يد الغاصب ، فإنه يبرأ من الضمان، ويصير المالك مستردا بالإتلاف. وكذلك يصير قابضا للكل بإتلاف البعض ، لأنه لا يتمكن من إتلاف البعض إلا بوضع يده على الكل ، فصار قابضا قدر المتلف بالإتلاف ، والباقي بالتعييب ، فتقرر عليه الثمن.[٢]
واختلف الفقهاء في الاتلاف هل هو على إطلاقه أم لا ، على قولين :

---

(١) الكاساني : بدائع الصنائع : ٢٤٦/٥ ، الدسوقي : حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ١٢٤/٣ ، الشربيني : مغني المحتاج ٦٦/٢.

(٢) الكاساني : بدائع الصنائع ٢٣٨/٥ ، الدسوقي : حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ١٥٠/٣ ، الشربيني : مغني المحتاج ٦٦/٢ ، البهوتي : كشاف القناع عن متن الاقناع /٢٤٣/٣.

القول الأول : للحنفية[١] ، والمالكية[٢] :

قصر الحنفية والمالكية الحكم السابق على البيع البات او بشرط الخيار للمشتري ، لأن خيار المشتري لا يمنع زوال المبيع عن ملك البائع بلا خلاف ، فلا يمنع صحة القبض ولا يمنع تقرر الثمن.

واعتبر الحنفية أن كل فعل دل على التمكين من تعييب أو إتلاف أو تنقيص إذا فعله البائع بأمر المشتري يكون بمنزلة فعل المشتري نفسه. وجاء في مجمع الأنهر : "إن هلك بفعل المشتري فعليه ثمنه إن كان البيع مطلقا أو بشرط الخيار للمشتري"[٣].

وقيد المالكية[٤] ذلك الحكم فيما إذا تعمد الإتلاف ، فلم تكن جناية الخطأ كالعمد عندهم ، لأن المخطئ لا يقصد التمسك كما لا يقصد البائع الفسخ. وجاء في الشرح الصغير "وإتلاف المشتري لمبيع مقوم أو مثلي زمن ضمان البائع قبض فيلزمه الثمن"[٥] وذكر العدوي[٦] : "أن الفرض أن يكون البيع على البت".[٧]

القول الثاني : للشافعية[٨] والحنابلة[٩] :

إن الاتلاف على اطلاقه سواء كان البيع على البت أو بالخيار يعتبر قبضا ويتقرر على المشتري الثمن ويلزمه، سواء كان المشتري عالما أنه المبيع ، أو جاهلا على الرواية الراجحة ، الا أن الحنابلة قيدوا الحكم بعلم المشتري أنه المبيع.[١٠]

---

(١) الكاساني : بدائع الصانع ٢٣٨/٥.

(٢) الخرشي : الخرشي على مختصر خليل ١٦٢/٥.

(٣) داماد : عبد الله بن الشيخ محمد بن سليمان المعروف بداماد : مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر ٢٢/٢، الناشر : دار إحياء التراث.

(٤) الدسوقي : حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ١٠٥/٣.

(٥) الدردير : الشرح الصغير ٧٣/٢. مطبوع بهامش بلغة السالك.

(٦) العدوي : (١١١٢-١١٨٩هـ) علي بن احمد بن مكرم الصعيدي العدوي ، فقيه مالكي مصري شيخ الشيوخ في عصره، ولد في بني عدي وتوفي في القاهرة ، انظر الموسوعة العربية ٣٣/١، بإشراف محمد غربال، الناشر : دار الجيل ، الطبعة لسنة ١٤١٦هـ.

(٧) العدوي : حاشية الشيخ علي العدوي ١٦٢/٥. مطبوع بهامش الخرشي.

(٨) الجمل : سليمان بن عمر بن منصور العجيلي الشافعي (ت ١٢٠٤) ، حاشية الجمل على شرح المنهج ٥٢٨/٤. الناشر: دار الكتب العلمية-بيروت، الطبعة الاولى لسنة ١٤١٧هـ.

(٩) الفتوحي : منتهى الارادات ٣٧٤/١.

(١٠) الفتوحي : منتهى الارادات ٥١٦/١.

واشترط الشافعية أن يكون المشتري أهلا للقبض واشترى لنفسه وأن لا يكون اتلافه للمبيع لعارض يبيح الإتلاف. فإن قتله دفعا لصياله[١] فلا يكون قبضا وكذلك القود[٢] وقتل للردة إن كان المشتري هو الإمام أو نائبه وقصد اقامة الحد فلا يكون قبضا، لأن اتلافه للمبيع بحق كان تلفه واقعا عن ذلك الحق دون غيره. وعد الشافعية اتلاف قن[٣] المشتري بإذنه قبضا ، ولم يعتبروا اتلاف الاجنبي والوكيل قبضا ولو كان بإذن من المشتري لأن الملك لم يتقرر بعد للمشتري ، وسوى الحنابلة بين عمد الإتلاف وخطأه وجاء في الكشاف : "واتلاف مشتر للمبيع ولو كان الاتلاف غير عمد كقبضه"[٤] لأنه تصرف في المبيع.

اتلاف الهبة :

خالف الشافعية الحنابلة في إتلاف الهبة. فعند الشافعية[٥] أن إتلاف الموهوب له للهبة في يد الواهب لا يكفي للقبض وإن أذن له فيه لأن الموهوب غير مستحق القبض كقبض الوديعة. فاعتبر تحقق القبض بالفعل بخلاف البيع إذ المبيع مستحق القبض ، ولا يكفي كذلك الوضع بين يديه للهبة بغير إذنه. جاء في مغني المحتاج: "ولا يكفي الإتلاف

---

(١) الصيال : مصدر صال يصول إذا قدم بجرأة وقوة ، نقول صال الفحل اذا وثب البعير على الابل يقاتلها وسطا عليه ليقهره ، انظر الفيومي : المصباح المنير ٣٧٧/١، واصطلاحا هو الاستطالة والوثوب والاستعلاء على الغير بغير حق. انظر محمود عبد المنعم : معجم المصطلحات والالفاظ الفقهية ٣٩٨/٢، مادة صيال، الناشر : دار الفضيلة القاهرة.

(٢) القود : القصاص وقتل القاتل بدل القتيل ، نقول أقاد الامير القاتل بالقتيل قتله به ، وسمي القود قودا لأن الجاني يقاد الى أولياء المقتول فيتقلون به انشاءوا ، الفيومي : المصباح المنير ١٧٨/٢ ، مادة قود ، انظر عبد المنعم : معجم المصلحات والألفاظ الفقهية ١٢٢/٢.

(٣) القن : الرقيق وهو من يملك هو وأبواه وأما من يغلب عليه ويستعبد فهو عبد مملكه ، ومن كانت أمه أمة وأبوه عربيا فهو هجين ، المصباح المنير ١٧٦/٢، والقن اصطلاحا من لم يحصل فيه شيء من اسباب العتق ومقدماته بخلاف المكاتب والمدبر والمعلق عتقه والمستولدة. انظر الجمل : حاشية الجمل ٦٢١/٤.

(٤) البهوتي : كشاف القناع عن متن الاقناع ٢٤٣/٣.

(٥) الانصاري : أبو يحيي زكريا الانصاري (٨٢٥-٩٢٥هـ) ، فتح الوهاب شرح منهج الطلاب ٢٦٠/١. الناشر : دار المعرفة-بيروت.

ولا الوضع بين يده بغير إذنه".[1] وعند الحنابلة[2] : أن إتلاف الموهوب له للهبة في يد الواهب بإذن الواهب يعتبر قبضا ويتم القبض بذلك. جاء في منتهى الايرادات : "واتلاف مشتر ومتهب بإذن واهب قبض".[3]

سادسا : التسجيل في السجل العقاري[4] :

من صور القبض المستجدة التسجيل في السجل العقاري خاصة في البلاد التي يوجد فيها سجل عقاري. إن تسجيل بيع العقار في السجل العقاري يعتبر في حكم التسليم والقبض التام الكافي لترتب الآثار عليه ، حتى لو كانت الدار مشغولة بأمتعة البائع أو بحقوق مستأجر ، لأن التسجيل في السجل العقاري يغني عن التسليم الفعلي ، ويقطع علاقة البائع في المبيع ، ويصبح أجنبيا حتى تنزع يد البائع عن العقار إذا امتنع من تفريغه وتسجيله بقوة القضاء ، كما لو شغله غاصب بلاحق بعد التسلم. وقياسا على منع الراهن من التصرف في الرهن بيعا أو نحوه مع بقاء المرهون في يد مالكه ، وذلك بوضع اشارة الرهن على صحيفته في السجل العقاري. فهذه الاشارة في السجل العقاري تغني عن القبض للعقار المرهون. ولأن هذا من المصالح المرسلة عند الفقهاء التي تحقق مصلحة عامة ، اعتبرت عندهم وسار الحكم الشرعي في هذه المسألة هو الحكم القانوني. فمنذ تسجيل العقار المبيع في السجل العقاري ينتقل ضمان المبيع من عهدة البائع الى عهدة المشتري ، لأن في التسجيل تمكين للمشتري أكثر منه من التسليم الفعلي ، فالعبرة لقيود التسجيل العقاري لا للأيدي والتصرفات في الملكية العقارية.

لذلك اصبح من الضروري في فقه الشريعة الاسلامية أن يعتبر لتسجيل العقد العقاري حكم التسليم الفعلي لأن القبض ورد في الشرع مطلقا ، فالمرجع فيه الى العرف

(١) الشربيني : مغني المحتاج ٢/٤٠٠.
(٢) البهوتي : كشاف القناع ٣/٢٤٣.
(٣) الفتوحي : منتهى الارادات ١/٣٧٤.
(٤) الزرقاء : المدخل الفقهي- ١/٢٩٧ ، ٢/٩٣٢.

مستندا الى سلطة الحكم ، وكذلك المنقولات يتوقف نقل الملكية فيها على تسجيل المبيع باسم المشتري في سجلات خاصة لها في دوائر مختصة كدوائر السير لنقل ملكية المركبات بكافة أنواعها ، فيتم اتمام البيع في الدوائر المختصة ، فإذا تمت أركان التسجيل بكاملها تعتبر المركبة عندئذ مسلمة حكما للمشتري وبقوة القانون ، وتترتب الآثار عليه ومثلها بيع الشقق والعمارات ودور السكن يتم تسجيلها في الدوائر المختصة. الا ان التسليم الحكمي هنا بحاجة الى تسليم حقيقي إما بالفعل كإخلاء العقار والخروج منه ، أو تسليم المفاتيح ، وإما بالتخلية مع الإذن. ونص المالكية على تسليم وثائق العقار ، جاء في حاشية الدسوقي : "على البائع ان يسلم للمشتري وثائق العقار".(١)

الحالة الثانية : أن يكون المبيع في يد مستحقة :

إذا كان الشيء المستحق في يد مستحقة كما لو باع شيئا أو وهبه أو رهنه عند غاصب له أو مستعير أو مودع عنده أو مستأجر له أو غيره ، فهل ينوب القبض السابق على العقد عن القبض الذي يقتضيه ذلك العقد ويقوم مقامه ، ويعتبر قابضا بمجرد عقد البيع والشراء أم لا بد من تجديد القبض ليتم التسليم؟

اختلف الفقهاء في ذلك على ثلاثة أقوال :

القول الأول : عند الحنفية(٢) :

إن الأصل عند الحنفية اما ان يتماثل القبضان أو يختلفا :

أولا : تماثل القبضين :

إذا تماثل القبضان فإن القبض السابق ينوب عن القبض الثاني وذلك كأن يكون كلاهما قبض أمانة أو قبض ضمان ، لأنه إذا كان مثله أمكن تحقيق التناوب ، لأن

(١) الدسوقي : حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ١٧٤/٣.
(٢) الكاساني : بدائع الصنائع : ٢٤٨/٥ ، ٢٤٨/٦ ، نظام ومجموعة من علماء الهند : الفتاوى الهندية ٢٢/٣.

المتماثلين غيران ينوب كل واحد منهما مناب صاحبه ، ويسد مسده وقد وجد القبض المحتاج اليه. ومثال تماثل القبضين في الضمان ، أن يكون الشيء المستحق اقباضه بيد مستحقه بغصب أو مقبوضا بعقد فاسد ، فاشتراه من المالك بعقد صحيح، فكل واحد منهما يوجب كون المقبوض مضمونا بنفسه، فتماثل القبضين من حيث الضمان ، فينوب القبض السابق عن القبض المستحق ولا تكون هناك فائدة من إعادة التسليم حتى إذا هلك المبيع قبل وصول المشتري اليه أو تمكنه من أخذه كان الهلاك عليه. ومثال تماثل القبضين أمانة، إذا كان المبيع بيد مستحقه وديعة أو عارية ، ثم وهبه له مالكه فينوب القبض السابق عن القبض المستحق لتماثلهما بكونهما أمانة فلا تحتاج الى قبض جديد.

ثانيا : اختلاف القبضين :

إذا اختلف القبضان بأن كان احدهما قبض أمانة والآخر قبض ضمان ، فينظر :

إن كان القبض السابق أقوى من القبض المستحق بأن كان السابق قبض ضمان ، والمستحق قبض أمانة، فينوب عنه لأن به يوجد القبض المستحق وزيادة ضمان ، ومثاله أن يكون الشيء المستحق في يده بغصب أو بعقد فاسد فوهبه المالك له ، فينوب القبض السابق عن قبض الهبة لوجود القبض المستحق بالعقد ، وهو أصل القبض وزيادة ضمان.

أما ان كان القبض السابق دون القبض المستحق فلا ينوب عنه ذلك لانعدام القبض المحتاج اليه ، اذ لم يوجد فيه الا بعض المستحق فلا ينوب عن كله ، ومثاله أن يكون المبيع في يد المشتري عارية أو وديعة أو رهن ، فلا ينوب القبض الاول عن الثاني ، ولا يصير المشتري قابضا بمجرد العقد ، لأن القبض السابق قبض امانة وهو أدنى فلا يقوم مقام الاعلى وهو قبض الضمان في البيع لعدم وجود القبض المحتاج اليه ، ولا بد من تسليمه من جديد ولأنه غير مضمون بنفسه ، فالرهن مضمون بغيره وهو الأقل قيمة. وفي العارية والوديعة غير مضمون أصلا ، فوجب تسليمه من جديد لئلا يكون قد هلك

قبل البيع. ويد الامانة ليست من جنس يد الضمان، جاء في حاشية الدر : "أن القبضين إذا تجانسا ناب أحدهما عن الآخر وإذا تغايرا ناب الأعلى عن الأدنى ولا عكس".(١)

القول الثاني : عند المالكية(٢) والحنابلة(٣)

إن القبض السابق عندهم ينوب مناب القبض المستحق بالعقد مطلقا ، لأن استدامة القبض قبض حقيقة لوجود الحيازة مع التمكن من التصرف ، فقد وجد المستحق ، ولا يوجد دليل على أنه ينبغي وقوع القبض بعد العقد ابتداء ، سواء أكانت يده عليه يد ضمان أم يد أمانة ، أو كان القبض المستحق قبض ضمان أم قبض أمانة. لأن المراد بالقبض في العقد إثبات اليد ، والتمكن من التصرف في المقبوض ، فإذا وجد هذا الأمر وجد القبض ، أو ما ينشأ عنه من كون المقبوض مضمونا ، أو أمانة في يد القابض ، فليس لذلك أية علاقة أو تأثير في حقيقة القبض. فلا يشترط كون القبضين متماثلين ، أو القبض السابق أقوى بما ينشأ عنه من ضمان اليد. ولم يشترط لذلك الإذن من البائع لأن اقراره له في يد المشتري بمنزلة إذنه في القبض ، وإجراءه العقد مع كون المال في يده يكشف عن رضاه بالقبض ، فاستغنى عن اشتراط الاذن صراحة في الابتداء ، إذ يغتفر في الدوام ما لا يغتفر في الابتداء. ولم يشترط مضي زمان يتأتى فيه القبض، لأن مضي هذا الزمان ليس من توابع القبض وليس له دخل في حقيقة القبض ، ويعتبر القبض متأخرا عن العقد لضرورة امتناع حصول القبض بدونه أما مع كونه سابقا للعقد فلا، ولأنه عين مال مقدور على تسليمها ، لا يخشى انتساخ الملك فيها ، فهي كالتي في يده.(٤)

---

(١) ابن عابدين : حاشية رد المختار عن الدر المحتار شرح تنوير الابصار ٦٩٤/٥.

(٢) الكافي : الشيخ محمد بن يوسف الكافي : إحكام الأحكام على تحفة الحكام ص٥٣. الناشر : دار الكتب العلمية-بيروت، الطبعة الأولى لسنة ١٤١٥هـ-١٩٩٤م شرح وتعليق مأمون الحنان ، التسولي : البهجة على التحفة ٣١٦/١-٣٢١/١.

(٣) البهوتي : كشاف القناع عن متن الاقناع ٢٣٢/٣.

(٤) ابن قدامة : الشرح الكبير ١١٩/٤.

القول الثالث : الشافعية[١] :

اشترط الشافعة لصحة نيابة القبض السابق على العقد منـــاب القبـــض المســـتحق بالعقد، سواء أكانت يد القابض السابق بجهة أمانة ، أم بجهة ضمان أو كان القبض السابق قبض أمانة أم قبض ضمان ، الشروط التالية:

أولا : الإذن من مالكه ، في الأظهر ان كان له في الأصل الحق في حبســـه كـــالمرهون والمبيع ، إذا كان الثمن حالا ولم يوفه وذلك لعدم جواز اسقاط حقه بغير إذنه كما لـــو كانت العين في يده ، أما إذا لم يكن له الحق في حبسه كالمبيع بثمن مؤجل أو حـــال مدفوع ، فلا يشترط الإذن لذلك لأنه يجب عليه تسليمه وهو حاصل بالقبض الســـابق حقيقة.

ثانيا : مضي زمان يتأتى فيه القبض إذا كان الشيء المستحق بالعقد غائبا عـــن مجلـــس العقد، لأنه لو لم يكن في يده لاحتاج إلى مضي هذا الزمان ليحوزه أو يتمكن منـــه ، ولأن دوام اليد كابتداء القبض ، فلا اقل من مضي زمن يتصور فيه ابتداء القبـــض ، ولم يشترط ذهاب المشتري إليه فعلا ، ويعتبر ابتداء مضي الزمن من وقت الإذن فيه لا من وقت العقد.

الترجيح :

بعد استعراض أقوال الفقهاء ، أرى أن الراجح هو قول الحنفية لأنه لا فائدة مـــن إعادة التسليم في المتماثلين ، وفي غير المتماثلين لا ينوب الأدنـــى عـــن الأعلـــى ، وينوب الأعلى عن الأدنى ، لأنه ربما يكون قد هلك قبل البيع والوصول إليـــه ، والله أعلم.

---

(١) النووي : المجموع شرح المهذب ٢٨١/٩ ، الشربيني : مغني المحتاج ١٢٨/٢.

الفصـــل الثـــاني

أنـــواع القبض وفيه ثلاثة مباحث

المبحث الأول : القبض الحقيقي وفيه أربعة مطالب :

المطلب الأول : مفهوم العقار.

المطلب الثاني : مفهوم المنقول.

المطلب الثالث : كيفية قبض العقار.

المطلب الرابع : كيفية قبض المنقول.

المبحث الثاني : القبض الحكمي وفيه مطلبين:

المطلب الأول : مفهوم القبض الحكمي.

المطلب الثاني : حالات من القبض الحكمي.

المبحث الثالث : القبض من حيث المشروعية.

المبحث الأول
القبض الحقيقي

المطلب الأول
مفهوم العقار

العقار في اللغة : كل ما له أصل وقرار ثابت ، كالأرض ، والدار ، والضياع[1] ، والنخل. وربما أطلق على المتاع ، يقال ما له دار ولا عاقر ، أي : نخل ، وفي البيت عقار حسن ، أي : متاع وأداة، والعقار من كل شيء خياره.[2]

وفي الاصطلاح : هو الثابت الذي لا يمكن نقله وتحويله من مكان الى آخر مثل : الأرض والدار.[3]

وقد اختلف العلماء في المراد بالعقار على قولين :

٥٣٠٦٩٠

القول الأول : للحنفية[4] :

العقار عند الحنفية هو الأرض مجردة أو مبنية ، فالبناء والشجر لو كانا قائمين على الأرض يعتبران من المنقولات ، فللأبنية والأشجار عندهم اعتباران هما[5] :

الاعتبار الأول : البناء والشجر بانفرادهما عن الأرض يعتبران من المنقولات.

---

(١) الضياع : جمع ضيعة وهي مال الرجل من النخل والكرم والأرض وهي أيضا العقار والأرض المغلة، ابن منظور : لسان العرب ٢٣٠/٨، مادة ضيع.

(٢) الفيومي : المصباح المنير ٧٢/٢ ، مادة عقر ، ابن منظور : لسان العرب ٥٩٦/٤-٥٩٧ ، مادة عقر ، باب الراء ، فصل العين.

(٣) حيدر : درر الحكام ، م ١٩٢ ، ١٠١/١.

(٤) حيدر : درر الحكام ، م ١٩٢ ، ١٠١/١.

(٥) الزرقاء : أحمد مصطفى الزرقاء : المدخل الى نظرية الالتزام العامة في الفقه الاسلامي ١٤٨/٣.

الاعتبار الثاني : البناء والشجر مع الأرض يعتبران عقارا بالتبعية ، فيلحقون البناء والشجر بالعقار حكما على سبيل التبعية له في التصرف الوارد على العقار بما فيه من بناء وشجر.

فبناء على ذلك لو بيع البناء وحده ، أو الشجر وحده دون الأرض ، تطبق عليهما أحكام المنقولات. وإذا بيعت الأرض المبنية أو المشجرة ، أو المزروعة طبقت أحكام العقار على ما يتبع الأرض من البناء ونحوه. فلا تعد عند الحنفية عقارا إلا تبعا للأرض.

القول الثاني : للجمهور من المالكية[١] ، والشافعية[٢] ، والحنابلة[٣] :

العقار هو : الأرض وما اتصل بها من بناء أو شجر. جاء في الشرح الصغير : " أن العقار هو الأرض وما اتصل بها من بناء أو شجر".[٤] وعد المالكية الثمر من العقار لأنه تقرر لها وجود في الأعيان ونمو في الأبدان من الأشجار ، فأعطيت حكم الأصول لأنها صارت كالجزء منها[٥]. وعند الشافعية أن العقار هو : "الأرض والشجر ونحو ذلك من سفينة كبيرة في البر"[٦] ، وألحق الرافعي[٧] من الشافعية في معنى الأشجار الثابتة ، الثمرة المبيعة على رؤوس الشجر قبل أوان الجذاذ. وعند الحنابلة[٨] : "أن العقار الضيعة والأرض والبناء والغراس والثمر على الشجر. وجاء في المصباح المنير : "أن الضيعة هي العقار".[٩]

---

(١) الصاوي : أحمد بن محمد الصاوي المالكي : بلغة السالك لأقرب المسالك ٧١/٢ ، الناشر : شركة مصطفى البابي الحلبي وأولاده-مصر ، الطبعة الاخيرة لسنة ١٣٧٢هـ.

(٢) الشربيني : مغني المحتاج ٧١/٢.

(٣) البهوتي : كشاف القناع عن متن الإقناع ٢٤٧/٣.

(٤) الدردير : الشرح الصغير بحاشية بلغة السالك ٧١/٢.

(٥) الزرقاني : شرح الزرقاني على مختصر خليل ١٧١/٥.

(٦) الشربيني: الاقناع في حل الفاظ ابي شجاع ٢٥٧/١ : الناشر: دار المعرفة.

(٧) الرافعي : عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم الرافعي القزويني الشافعي ت(٦٢٣هـ) نسبة الى رافع بن خديج الصحابي، فقيه ، اصولي ، محدث ، مفسر ، مؤرخ ، انظر الاعلام للزركلي ٥٥/٤، الطبعة الثالثة ، السبكي : طبقات الشافعية ١١٩/٥.

(٨) البهوتي : كشاف القناع عن متن الإقناع ٢٤٧/٣.

(٩) الفيومي : المصباح المنير : ١٢/٢، مادة ضاع.

المطلب الثاني

مفهوم المنقول

المنقول لغة : التحويل من موضع الى موضع[١] ، واصطلاحا هو : ما يمكن نقله وتحويله من مكان إلى آخر ، ويشمل العروض والحيوانات والنقود والسيارات والطائرات والموزونات والمكيلات والمعدودات ونحوها".[٢] وقيد المالكية ذلك النقل بشرط ان لا تتغير صورته ، "واعتبروا البناء والغراس القائمين في الأرض من العقارات لأنهما متصلان بها اتصال قرار وغير قابلين للنقل مع البقاء على شكلهما بل تتغيران من حال الى حال ، فالشجر يصبح حطبا والبناء انقاضا ، فالمحافظة على صفتهما بلا ضرر او خلل يقتضي ثبات أعيانهما وهذا الثبات يوجب ان يعتبر عقارا كالأرضين".[٣]

ويفهم من كلام الشافعية : أنهم عدوا الثمر على الشجر بدخول وقت الجذاذ من المنقولات على رأي من اعتبر كلام الرافعي ان الثمرة على رؤوس الشجر قبل أوان الجذاذ قيداً ، وعلى رأي من اعتبر كلام الرافعي انه تمثيل لا قيد تبنى الثمار وتعامل معاملة العقار ، وعدّوا السفينة في البحر ولو كبيرة من المنقولات ، عكس السفينة الكبيرة في البر فهي من العقار لأنها لا تسير في البحر[٤]. وللحنابلة ان ما يمكن نقله وتحويله بإطلاق يعتبر من المنقولات.[٥]

الترجيح :

بعد استعراض أقوال الفقهاء أرى أن الراجح هو قول الحنابلة ، أن ما يمكن تحويله ونقله باطلاق يعتبر من المنقولات ، والله أعلم.

---

(١) الفيومي : المصباح المنير ٢/٢٩٤، مادة نقل.

(٢) على حيدر : درر الحكام ١/١٠١ م(١٢٨).

(٣) الدردير : الشرح الكبير ٣/٤٧٦.

(٤) النووي : المجموع شرح المهذب ٩/٢٧٦ ، الشربيني : الاقناع في حل الفاظ ابي شجاع ١/٢٥٧.

(٥) البهوتي : كشاف القناع عن متن الاقناع ٣/٢٤٧-٢٤٨.

المطلب الثالث

كيفية قبض العقار

اتفق جمهور الفقهاء من الحنفية[١] والمالكية[٢] والشافعية[٣] والحنابلة[٤] والظاهرية[٥] بأن قبض العقار يكون بالتخلية ، والتمكين من اليد ، والتصرف ، ورفع الموانع ، كما لو كانت الدار مشغولة بأمتعة البائع ، أو يمكن من سكنها فقبضها واقباضها بتفريغها ، وعدم الحيلولة دون استعمالها، وتسليم مفاتيحها ، فإن منعه أحد من وضع يده عليها ولم يتمكن من ذلك ، فلا تعتبر التخلية قبضا على التفصيل التالي :

أولا : عند الحنفية :

قيد الحنفية[٦] ذلك بقرب العقار في الرواية المعتمدة عندهم ، فإن كانت بعيدة فلا تعتبر التخلية قبضا. واستظهر ابن عابدين أن المراد بالقرب أن تكون في البلد. فقال : "في الدار إذا أمكنه الفتح بلا كلفة قبض ، والقدرة على إغلاقها قبض"[٧] أي : أن تكون في البلد. وخالف ابو حنيفة في ذلك واعتبر التخلية قبضا للعقار البعيد الغائب عنهما ، وهذا وجه ضعيف ، والصحيح القول الأول ، لأنه إن كان قريبا ، يتصور فيه القبض الحقيقي في الحال،

---

(١) نظام ومجموعة من علماء الهند : الفتاوى الهندية : ١٦/٣ وما بعدها ، العيني : البناية شرح الهداية ٢٥٥/٦ وما بعدها ، ابن نجيم : البحر الرائق شرح كنز الدقائق ٢٣٢/٥ وما بعدها.

(٢) الحطاب : مواهب الجليل شرح مختصر سيدي خليل ٤١٤/٦.

(٣) الرملي : نهاية المحتاج الى شرح المنهاج ٩٣/٤.

(٤) البهوتي : كشاف القناع عن متن الاقناع ٢٤٧/٣.

(٥) ابن حزم : أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم (ت٤٥٦هـ) : المحلى ٥١٨/٨. الناشر : دار الفكر ، بلا.

(٦) ابن عابدين : حاشية رد المحتار على الدر المختار ٥٦٢/٤.

(٧) ابن عابدين : حاشية رد المحتار على الدر المختار ٥٦٢/٤.

فتقام التخلية مقام القبض، أما إذا كان بعيدا ، فلا يتصور القبض في الحال ، ولا تقام التخلية مقام القبض ، لأن المعتبر القرب الذي يتصور معه حقيقة القبض والبعيد ما يحتاج الى كلفة لقبضه ويختلف باختلاف المبيع.

ثانيا : عند المالكية[١] :

اعتبر المالكية التخلية قبضا للعقار وإن كان مشغولا ، إلا في دار للسكنى ، فاشترطوا في قبضها الإخلاء ، ولا تكفي التخلية وحدها ، إذ لا بد من إخراج أمتعة البائع منها وتسليمها خالية. جاء في حاشية العدوي : "ولا يشترط الاخلاء من شواغل البائع الا في دار السكنى فلا ينتقل الضمان للمشتري الا بالاخلاء".[٢] ولم يعتبروا التمكين من التصرف مع عدم اعطائه المفاتيح قبضا ، كأن يفتح له باب الدار ولم يسلمه المفتاح ، فلا يعد قبضا ، لأنه لا معنى للتمكين من التصرف مع عدم أخذ المفاتيح.

ثالثا : عند الشافعية :

قيد الشافعية قولهم "قبض العقار بالتخلية للمشتري وتمكينه من التصرف"[٣] فيما إذا لم يعتبر فيه تقدير وإلا فلا تكفي التخلية مع التمكين إلا مع اعتبار ذلك التقدير كأن بيعت الأرض مذارعة فلا بد من اعتبار الذرع مع التخلية. جاء في روضة الطالبين "لو بيع الشيء تقديرا كثوب أو أرض مذارعة لا بد مع ذلك من الذرع"[٤] ، أي لا بد من الذرع مع التخلية. وفرق الشافعية بين قبض العقار الغائب ولو عن مجلس العقد ، وبين العقار الحاضر ، فالعقار

---

(١) الدسوقي : حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ١٤٥/٣.
(٢) العدوي: حاشية العدوي ١٥٨/٥، مطبوع بهامش الخرشي.
(٣) الشربيني : مغني المحتاج ٧١/٢.
(٤) النووي : روضة الطالبين ١٧٧/٣.

الغائب عندهم وإن كان بيد المشتري يكون قبضه بتخليته وتفريغه من أمتعة غير المشتري للعرف في ذلك ، وإذن البائع له بالقبض صريحا ، أو دلالة ، إن كان له حق الحبس ، لأنه لا يجوز له اسقاط حقه بغير إذنه كما لو كانت العين بيده. ومضي زمان يتأتى له الوصول فيه اليه والتمكن من التصرف فيه ، الا أنهم لم يشترطوا حضور العاقدين فعلا أو المسير اليه لمشقة ذلك فأقيم المضي مقام حضورهما أو المسير إليه ولا مشقة في اعتبار مضي الزمان.

أما العقار الحاضر وإن كان بيد المشتري فقبضة تخليته وتمكين المشتري منه بتفريغه من أمتعة غير المشتري للعرف في ذلك ، والإذن له بالقبض صريحا ، أو دلالة إن كان له حق الحبس ، فلا يجوز أن يسقط حق غيره بغير إذنه وبدون مضي زمان يتأتى فيه القبض.[1]

وجاء في حاشية الاقناع : "وقبض غير منقول حاضرا أو غائبا تحت يد غير المشتري بتخليته وتفريغه بغير مضي زمان إن كان حاضرا وبمضي زمان يمكن الوصول اليه إن كان غائبا"[2]

رابعاً : عند الحنابلة :

لم يشترطوا لتخلية العقار اخلاءه من أمتعة غير المشتري ، ولم يعتبروا إذن الشريك للقبض في العقار ، لأن العقار لا ينقل وقبضه بتخليته ، والتصرف فيه. وجاء في الكشاف : "قبض العقار بتخليته مع عدم مانع ، أو حائل ، بأن يفتح له باب الدار او يسلمه مفتاحها ونحو

(١) الرملي : نهاية المحتاج ٩٤،٩٣/٤ ، الرافعي : العزيز شرح الوجيز ٣٠٥/٤.

(٢) الشربيني : الاقناع في حل الفاظ ابي شجاع ٢٥٧/١.

ذلك وإن كان فيه متاع للبائع... ، وقبض مشاع لا ينقل كنصف دار لا يعتبر له اذن شـــريك لأن قبضه تخليته وليس فيها تصرف".[1]

وألحق الجمهور من الحنفية[2] والمالكية[3] والشافعية[4] والحنابلـــة[5] الثمـــر علـــى الشجر بالعقار في اعتبار أن التخلية قبضا لها لحاجة الناس الى ذلك ولتعارفهم عليه. فـــابن تيمية ينقل الاجماع على ذلك ويقول : "... لأن قبضه حصل بالتخلية وهذا قبض العقار ومـــا يتصل به بالاتفاق".[6]

---

(١) البهوتي : كشاف القناع عن متن الاقناع ٢٤٧/٣،٢٤٨.

(٢) ابن نجيم : البحر الرائق شرح كنز الدقائق ٣٣٣/٥ ، ٣٢٥.

(٣) الزرقاني : عبد الباقي الزرقاني : شرح الزرقاني على مختصر خليل ١٥٩/٤ ، ١٩١، الناشر : دار الفكر-بيروت.

(٤) السلمي : قواعد الاحكام في مصالح الانام ٨٤/٢

(٥) ابن قدامة : المغني والشرح الكبير ٢٠٧/٤.

(٦) ابن تيمية : الرسائل الكبرى ٣٩٥/١ ، الناشر : دار الكتب العلمية-بيروت، الطبعة الثانية لسنة ١٤١٢هـ.

المطلب الرابع

كيفية قبض المنقول

اختلف الفقهاء في كيفية قبض المنقول على قولين :

القول الأول: للحنفية[١] وقول عند المالكية[٢] والشافعية[٣] والحنابلة[٤]:

لم يفرقوا بين أنواع المنقولات في صفة القبض ، فالقبض عندهم فيها يكون بالتخلية والتمكين من التصرف كالعقار. وتختلف التخلية بحسب حال المبيع ، جاء في حاشية الدر المختار : "التخلية قبض حكما ولو مع القدرة عليه بلا كلفة لكن ذلك يختلف بحسب حال المبيع ... ففي نحو بقر في مرعى فكونه يرى ويشار اليه قبض ، وفي نحو ثوب فكونه لو مد يده تصل اليه قبض ، ونحو فرس او طير في بيت فإمكان أخذه بلا معين قبض"[٥] ، فأصل القبض عند الحنفية يحصل بالتخلية في كل شيء الا أنه لا يتم في ما بيع على الكيل أو الوزن أو العد إلا باستيفائه بما قدر فيه ، جاء في البدائع : "الكيل والوزن في المبيع مكايلة وموازنة من تمام القبض"[٦] .

---

(١) الكاساني : بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ٥/٢٤٤-٢٤٥.

(٢) العيني : عمدة القارئ شرح صحيح البخاري ١١/٢٣١، الناشر : دار الفكر-بيروت.

(٣) الغزالي : الوسيط في المذهب ٣/١٥٣.

(٤) ابن قدامة : المغني والشرح الكبير ٤/٢٢٠.

(٥) ابن عابدين : حاشية رد المحتار على الدر المختار ٥/١٥١.

(٦) الكاساني : بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ٥/٢٤٥.

وعند الشافعية قال حرملة : إن التخلية تكفي في كل شيء ، لأن المقصود استيلاء المشتري وقد حصل[١]. أما رواية الحنابلة التي يوافقون بها الحنفية ، أن القبض في كل شيء يكون بالتخلية مع التمييز. جاء في المغني : "أن القبض في كل شيء بالتخلية مع التمييز" ، وذلك لحصول الاستيلاء بالتخلية إذ هو المقصود وقد حصل[٢]. وقد استدل هذا الفريق بالسنة النبوية الشريفة والعرف و اللغة.

أولا : السنة النبوية الشريفة :

الحديث الأول :

روى البخاري[٣] وغيره أن ابن عمر رضي الله عنهما قال : **"كنا مع النبي صلى الله عليه وسلم في سفر ، فكنت على بكر صعب لعمر ، فكان يغلبني فيتقدم أمام القوم فيزجره عمر ويرده، ثم يتقدم فيزجره عمر ويرده ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم لعمر : بعنيه : قال : هو لك يا رسول الله. قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : بعنيه فباعه من رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فقال النبي الله صلى الله عليه وسلم : هو لك يا عبد الله بن عمر، تصنع به ما شئت"**[٤].

(١) الغزالي : الوسيط في المذهب ١٥٣/٣.

(٢) ابن قدامه : المغني والشرح الكبير ٢٢٠/٤.

(٣) البخاري : (١٩٤-٢٥٦هـ) محمد بن اسماعيل بن ابراهيم البخاري ، حبر الاسلام والحافظ لحديث رسول الله نشأ يتيما وسمع من أكثر من ألف شيخ ، وكتابه الصحيح من أوثق الكتب المعول عليها. انظر الاعلام للزركلي٢٥٨/٦، الطبعة الثالثة.

(٤) البخاري : صحيح البخاري مع الفتح ٣٣٤/٤ ، كتاب البيوع ، باب شراء الدواب والحمير رقم الحديث (٢١١٥) ، الناشر : دار الفكر.

وجه الاستدلال :

إن الجمل من المنقولات ، ودخل في ملكية الرسول صلى الله عليه وسلم بمجرد العقد، فلو كان النقل الفعلي شرطا لما وهبه الرسول صلى الله عليه وسلم لابن عمر رضي الله عنه قبل نقله ، فدل ذلك على أن التخلية قبض في المنقولات. وأشار ابن بطال[1] : "ان الحديث حجة في أن البيع يتم بالعقد مع شروطه ، ولا يحتاج الى نقل المعقود عليه فعلا. وقال ابن حجر : وقد احتج به المالكية ، والحنفية ، على أن القبض في جميع الاشياء بالتخلية واليه مال البخاري".[2]

الحديث الثاني :

عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما قال : "**كنت مع النبي صلي الله عليه وسلم في غزاة فأبطأ بي جملي وأعيا ... ، ثم قال النبي الله صلى الله عليه وسلم : أتبيع جملك؟ قلت: نعم فاشتراه مني بأوقية ، ثم قدم رسول الله صلى الله عليه وسلم قبلي ، وَقَدِمْتُ بالنداء ، فجئنا الى المسجد ... ، قال : دع جملك ... فأمر بلالا أن يزن له أوقية ، فوزن لي بلال فأرجح في الميزان ... ، ثم قال : خذ جملك ولك ثمنه**".[3]

وجه الاستدلال :

أن البيع قد تم دون تحويل الجمل ، وهو من المنقولات الى الرسول صلى الله عليه وسلم، لذلك ترجم له البخاري باب : "وإذا اشترى دابة أو جملا وهو عليه هل يكن ذلك قبضا

---

(١) ابن بطال : (ت ٤٤٩هـ) : علي بن خلف بن عبد الملك بن بطال ابو الحسن عالم بالحديث من اهل قرطبة له شرح على صحيح البخاري. انظر الاعلام للزركلي٥/٩٦، الطبعة الثالثة.

(٢) ابن حجر : احمد بن علي بن حجر العسقلاني ت(٢٥٢هـ)، فتح الباري شرح صحيح البخاري٤/٣٣٥، الناشر : دار الفكر.

(٤) الحديث : سبق تخريجه ص٢٧.

قبل ان ينزل. وهذا مشعر أن البخاري فهم من الحديث أن القبض هو التخلية في المنقول وغيره".(1)

الحديث الثالث :

ما رواه البخاري وغيره عن عائشة رضي الله عنها في حديث الهجرة ، وفيه أن أبا بكر رضي الله عنه قال: "**إن عندي ناقتين أعددتهما للخروج فخذ إحداهما قال : قد أخذتها بالثمن**".(2)

وجه الاستدلال :

قال ابن حجر : قال المهلب(3) : "ان قوله (أخذتها) لم يكن أخذا باليد ، ولا بحيازة شخصها ، وإنما كان التزاما منه لابتياعها بالثمن ، وإخراجه عن ملك أبي بكر .."(4)

قال ابن المنير(5) : "مطابقة الحديث للترجمة من جهة أن البخاري أراد أن يحقق انتقال الضمان في الدابة ونحوها الى المشتري بنفس العقد ، فاستدل لذلك بقوله : "أخذتها بالثمن". وقد علم أنه لم يقبضها ، بل ابقاها عند أبي بكر ، وهذا في المنقولات التي هي محل الخلاف، فيكون القبض فيها هو التخلية مطلقا".(6)

---

(1) ابن حجر : فتح الباري شرح صحيح البخاري ٣٢١/٤، ٣٢٥.

(2) الحديث أخرجه البخاري : صحيح البخاري مع الفتح٣٥١/٤ ، كتاب البيوع ، باب إذا اشترى متاعا أو دابة فوضعه عند البائع أو مات قبل أن يقبض، رقم الحديث (٢١٣٨).

(3) المهلب : (٧-٨٣هـ) عبد الرحمن بن عمرو عم ابي قلابة روى عن عمر وعثمان وروى عنه الحسن البصري وابن سيرين وكان ثقة ، انظر تهذيب الاسماء للنووي ٢٦٩/٢.

(4) ابن حجر : فتح الباري شرح صحيح البخاري ٣٥١/٤.

(5) ابن المنير : (٦٥١-٧٣٣هـ) : عبد الواحد بن منصور بن محمد بن المنير ابو محمد فخر الدين الاسكندري المالكي وهو مفسر توفي في الاسكندرية ، انظر الاعلام للزركلي١٧٧/٤ ، الطبعة الخامسة.

(6) ابن حجر : فتح الباري شرح صحيح البخاري ٣٥١/٤-٣٥٢.

الحديث الرابع :

عن ابن عمر رضي الله عنهما قال : "**كنا نبيع الابل بالنقيع**[1] ، -بالنون (سوق المدينة) و بالباء (مقبرتها)- **كنا نبيع الذهب ونقضي الورق ونبيع بالورق ونقضي الذهب ، فسألت النبي صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال : لا بأس إذا كان بسعر يومه إذا افترقتما وليس بينكما شيء**".[2]

وجه الاستدلال :

أقر النبي صلى الله عليه وسلم ابن عمر رضي الله عنهما على شرائه الذهب المستقر في ذمة البائع بالفضة مع أن بائعه لم يستلم بعد ذهبه الذي كان ثمنا لإبله ، فدل الحديث على أن القبض هو التخلية و التمكن من القبض وليس النقل الفعلي ، ولما كانت العملية الثانية من الربويات ، اشترط الرسول صلى الله عليه وسلم القبض الفوري في المجلس.

ثانيا : العرف[3] :

إن الشرع أمر بالقبض وأطلقه فيحمل على العرف والعادة ، وقد جرت العادة بقبض هذه الاشياء ونحوها بالتخلية. وقياسا على العقار لأنه خلى بينه وبين المبيع من غير حائل فكان قبضا له كالعقار.

---

(١) النقيع : البئر الكثيرة الماء ، وهو اسم موضع بقرب المدينة ، حماه عمر رضي الله عنه لابل الصدقة، انظر المصباح المنير للفيومي٢/٢٩٣ ، مادة نقع.

(٢) الحديث : اخرجه الحاكم : المستدرك ٢/٤٤ ، كتاب البيوع ، وقال صحيح على شرط مسلم ، رواه أحمد في مسنده ٢/٣٣، ٨٤،٨٣ ، وابن ماجة في سننه ٢/٧٦٠ ، كتاب التجارات ، باب اقتضاء الذهب من الورق والورق من الذهب ، وأبو داوود في سننه٩/٢٥٠ ، كتاب البيوع ، باب اقتضاء الذهب من الورق ، رقم الحديث (٣٣٥٤) ، رواه موقوفا ، والنسائي : سنن النسائي٤/٣٤، كتاب البيوع ، باب اخذ الورق من الذهب ، والترمذي : سنن الترمذي مع التحفة ٤/٤٤٣ ، كتاب البيوع ، باب ما جاء في الصرف ، والدار قطني في سننه ٣/٢٣، كتاب البيوع ، قال الشيخ محمد ناصر الدين الألباني في ارواء الغليل، الطبعة الثانية، المكتب الاسلامي ٥/١٧٣، أنه ضعيف ، ثم رجح وقفه وحكم عليه الحاكم بالصحة ووافقه الذهبي ، وذكر ابن تيمية في مجموع الفتاوي ٢٩/٥١٠ أنه من السنة الثابتة.

(٣) ابن قدامة : المغني والشرح الكبير ٤/٢٢١، النووي : المجموع ٩/٢٨٣.

ثالثاً : اللغة :

إن معنى التسليم في اللغة جعله سالما خالصا لا ينازعه فيه أحد غيره ، وهذا يحصل بالتخلية والتمكين ، فالتخلية تسليم من البائع ، والتخلي قبضا من المشتري ، وكذا تسليم الثمن.

والتسليم واجب البائع ، ومن عليه الواجب ، لا بد أن يكون له سبيل للخروج من عهدة ما وجب عليه ، والذي بوسعه هو التخلية ، ورفع الموانع ، اما الإقباض فليس بوسعه ، لان القبض بالبراجم فعل اختياري للقابض ، فلو تعلق به وجوب التسليم ، لتعذر عليه الوفاء بالواجب ، وهذا لا يجوز.[1]

القول الثاني : لجمهور المالكية[2] ، والشافعية[3] ، والحنابلة[4] :

حيث قالوا ان صفة القبض في المنقولات تختلف باختلافها في أنفسها فقد يكون بعضها مما يتناول باليد ، والبعض الآخر لا يتناول باليد ، وهو نوعان : إما أن يكون فيه حق توفيه ، وإما أن لا يكون فيه حق توفيه ، على التفصيل التالي :

النوع الأول : المنقولات التي يمكن تناولها باليد :

وهي ما جرت العادة بقبضه بالتناول باليد ، وذلك كالأشياء الثمينة ذات الحجم الصغير ، كالنقود والجواهر والحلي والثياب والأشياء الخفيفة ... ونحوها. واختلف الفقهاء على قولين :

---

(١) الكاساني : بدائع الصانع ٥/٢٤٤.
(٢) القرافي : الذخيرة ٥/١٢٠ ، الناشر : دار الغرب الاسلامى الطبعة الاولى لسنة ١٩٩٤ ، تحقيق محمد ابو خبزة.
(٣) الخطيب والنووي : مغني المحتاج ٢/٧٢.
(٤) البهوتي : كشاف القناع عن متن الاقناع ٣/٢٤٧.

القول الأول :

يرى جمهور الفقهاء من المالكية[1] والشافعية[2] والحنابلة[3] وقول للحنفية[4] : أن قبض هذه المتناولات ونحوها ، يكون بالتناول باليد ، واستدلوا على ذلك بالعرف حيث أن العرف في قبض هذه الأشياء يكون بالتناول باليد لأن قبض كل شيء يكون بحسبه وهه ليست عقارا ولا مقدرات.

جاء في مجلة الاحكام "أن تسليم العروض يكون باعطائها ليد المشتري"[5] ، وفي البحر "والثوب أخذه باليد"[6] . وجاء في الذخيرة "الاقباض بالمناولة في العروض أو النقود"[7]، وفي مغني المحتاج "ويكفي في القبض الثوب ونحوه وما يتناول باليد التناول"[8] ، وفي الكشاف "ويحصل القبض فيما يتناول كالاثمان والجواهر يتناوله اذ العرف فيه ذلك"[9].

القول الثاني : للحنفية[10] وقول عند الحنابلة[11] :

ان قبض الاثمان ونحوها يكون بالتخلية واستدلوا على ذلك بما يلي :

أولا : القياس على العقار.

ثانيا : التسليم في اللغة جعلوا الشيء سالما خالصا وتسليم المبيع الى المستري جعلوه سالما خالصا له لا ينازعه فيه أحد.

---

(١) القرافي : الذخيرة ١٢٠/٥.
(٢) الشربيني : مغني المحتاج ٧٢/٢.
(٣) البهوتي : كشاف القناع عن متن الاقناع ٢٤٧/٣.
(٤) ابن نجيم : البحر الرائق شرح كنز الدقائق ٣٣٣/٥.
(٥) علي حيدر : درر الحاكم ٢٢٣/١، مادة ٢٧٤.
(٦) ابن نجيم : البحر الرائق شرح كنز الدقائق ٣٣٣/٥.
(٧) القرافي : الذخيرة ١٢٠/٥.
(٨) الشربيني : مغنى المحتاج ٧٢/٢.
(٩) البهوتي : كشاف القناع عن متن الاقناع ٢٤٧/٣.
(١٠) ابن عابدين : حاشية رد المحتار على الدر المختار ٦٦٢/٤.
(١١) ابن قدامة : المغني والشرح الكبير ٢٢٠/٤.

الترجيح :

بعد استعراض أقوال الفقهاء أرى أن الراجح هو قول الجمهور وذلك لقوة تعليلاتـــهم والقياس وعلى العقار قياس مع الفارق ، فالعقار لا يمكن قبضه الا بالتخلية وهذه الاشـــياء لا يناسبها التخلية والله أعلم.

النوع الثاني : المنقولات التي لا يعتبر فيها تقدير :

المنقولات التي لا يعتبر فيها تقدير ، أو حق توفيه من كيل ، أو وزن ، أو عـــد ، أو ذرع، إما لعدم إمكانه ، وإما مع إمكانه لكنه لم يراع فيه ذلك ، وجرت العادة بنقله وتحويله ، كالامتعة والعروض ، والدواب ، والصُبْرة اذا بيعت جزافا.

ذهب جمهور العلماء من المالكية[١] والشافعية[٢] والحنابلة[٣] وقول عند الحنفية[٤]، أن قبض المنقولات مما لا يعتبر فيه حق توفيه يكون بالنقل والتحويل من مكان الـــى آخـــر ويرجع فيه الى العرف ، وللشافعية في ذلك تفصيل :

فقالوا إذا كان المبيع في موضع لا يختص بالبائع ، أي : لا يتوقف حلُ الانتفاع بــــه على اذن البائع، كالمسجد ، والموات ، والشارع ، او كان في موضع يختـــص بالمشـــتري ، فيكفي لقبضه التحويل من حيز الى حيز في نفس المكان ، لأن التحويل يتم من غير تعـذر أو مانع.

وإذا كان المبيع بيد المشتري ، فلا حاجة الى التحويل ولا الى الإذن من البـــائع ، الا إذا كان له حق الحبس ، لأنه لا يجوز ابطال حقه بغير اذنه ، ولأن الاستيلاء الفعلي أقوى من القولي ووجوده بيد المشتري دليل رضا البائع بذلك ، وإذن منه ضمنا.

---

(١) الخرشي : حاشية الخرشي على خليل ١٥٨/٥.
(٢) الجمل : حاشية الجمل ٢٤٤/٤.
(٣) الفتوحي : منتهى الارادات ٣٧٤/١.
(٤) الميداني : اللباب في شرح الكتاب على القدوري٥٤/٢.

واما إذا كان في موضع يختص بالبائع ، أي : في محل يحل للبائع الانتفاع به ، ولو بإجارة ، أو إعارة ، فلا بد من اذن البائع لنقله وتحويله ولو من زاوية إلى زاوية ، أو من بيت لاخر في دار البائع ، لأن يد البائع عليها وعلى ما فيها تبعا ، وبالاذن يكون كأنما استعار البقعة التي حول المبيع اليها ، كما لو استعارها من غير البائع. وجاء في حاشية الخرشي "وقبض غيره بالعرف ، أي : غير العقار وغير ما فيه حق توفية كتسليم مقود الدابة ونحو ذلك".[1] وجاء في حاشية الجمل "وقبض منقول بنقله لما لا يختص بائع به أو بإذنه فيكون معيرا له"[2] ، وفي منتهى الارادات "وفي صبرة وما ينقل بنقله".[3]

النوع الثالث : ما يعتبر فيه حق توفية :

أن يكون المراد اقباضه من المنقولات مما فيه حق توفية وتقدير ، من كيل أو وزن أو ذرع أو عد ، كمن اشترى صُبرة حنطة مكايلة ، أو متاعا موازنة ، أو ثوبا مذراعة ، أو معدودا بالعدد ، واختلف الفقهاء على قولين :

القول الأول :

يرى الجمهور من المالكية[4] والشافعية[5] والحنابلة[6] قالوا : لا يحصل القبض فيما بيع مما فيه حق توفية ، وتقدير الا باستيفائه بما بيع وقدر فيه. إلا أن المالكية جعلوا تمام القبض في احدى الروايتين يتوقف على تفريغه في أوعية المشتري ، أي : بعد كيله ، أو وزنه ووضعه في أوعية المشتري ، فالكيل عندهم يراد به الكيل الفعلي لا الالة وتمام كيلة

(١) الخرشي : حاشية الخرشي على مختصر سيدي خليل ١٥٨/٥.
(٢) الجمل : حاشية الجمل ٢٤٤/٤.
(٣) الفتوحي : منتهى الارادات ٣٧٤/١.
(٤) الدردير : الشرح الكبير ١٤٤/٣.
(٥) الخطيب والنووي : مغني المحتاج ٧٣/٢.
(٦) المرداوي : علاء الدين ابي الحسن على بن سليمان المرداوي الحنبلي : الانصاف ٤٦٩/٤ ، الناشر : دار إحياء التراث العربي ، الطبعة الثانية لسنة ١٤٠٠هـ.

خروجه من معياره ، وتمام وزنه ما وزن به ، والمراد بتمام الفعل تفريغه في أوعية المشتري ، وتمام الفعل بالتفريغ ، لأن الكيل يراد به مجموع وضع الحب في القدح وتفريغه"[1] ، جاء في مواهب الجليل "واستمر بمعياره ولو تولاه المشتري"[2] ، أي : ضمانه من البائع ما لم يحصل في إناء المشتري. وزاد الشافعية بالاضافة الى استيفائه بالوحدة القياسية ، نقله وتحويله ، جاء في نهاية المحتاج" ... اشترط في قبضه مع النقل ذرعه وكيله ووزنه وعده"[3]. ولم يشترط الحنابلة نقله ، وشرطوا حضور المستحق ، أو نائبه واعتبروا أن وعاءه كَيدِه ، جاء في الكشاف : "ويحصل القبض فيما بيع بكيل أو عد أو ذرع وذلك بشرط حضور مستحقه أو نائبه".[4]

القول الثاني : للحنفية[5] ورواية عند الحنابلة[6] :

يحصل قبض ما بيع بتقدير كالكيل والوزن بالتخلية وحجتهم قياس ما بيع بتقدير على العقار ومعنى التسليم والتسلم يحصل بالتخلية.

الترجيح :

بعد استعراض أقوال العلماء أرى أن الراجح قول الجمهور لأن ما بيع بتقدير لا يمكن تمييزه من ملك البائع وتصرف المشتري فيه الا بعد معرفة قدره لاحتمال الزيادة والنقصان والله أعلم.

---

(١) الخرشي : حاشية الخرشي على مختصر سيدي خليل ١٥٧/٥.
(٢) الحطاب : مواهب الجليل على شرح مختصر خليل ٤١٢/٦.
(٣) الرملي : نهاية المحتاج ٩٩/٤.
(٤) البهوتي : كشاف القناع عن متن الاقناع ٢٤٦/٣.
(٥) الكاساني : بدائع الصنائع ٢٤٤/٥.
(٦) ابن قدامة : المغني ١٢٥/٤.

أدلة الجمهور على قولهم التفريق بين أنواع المنقولات في صفة قبضها :

واستدل الجمهور على قولهم بالتفريق بين المنقولات بالسنة والعرف.

أولا : السنة النبوية الشريفة :

الحديث الاول :

ما رواه البخاري تعليقا عن عثمان بن عفان ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لـــه : "**إذا بعت فكل وإذا ابتعت فاكتل**"[١].

الحديث الثاني :

ما رواه ابن ماجة عن النبي صلى الله عليه وسلم "**أنه نهى عن بيـــع الطعـــام حتـــى يجري فيه الصاعان ، صاع البائع وصاع المشتري**"[٢].

الحديث الثالث :

الأحاديث الواردة الدالة على ان القبض لا يتم فيما يباع بالجزاف إلا بالتحويل :

أ. عن ابن عمر انه قال : "**كانوا يُضربون على عهد الرسول صلـــى الله عليـــه وســـلم إذا اشتروا طعاما جزافا ان يبيعوه في مكانه حتى يحولوه**".[٣]

---

(١) الحديث أخرجه البخاري : صحيح البخاري مع الفتح ٣٤٤/٤ ، كتاب البيوع ، باب الكيل على البائع والمعطي، علقه البخاري ووصله الدار قطني ، وقال البيهقي روي موصولا من طرق عدة إذا ضم بعضها الى بعض قوي ، وقال الترمذي روي بإسناد حسن ، انظر نيل الاوطار للشوكاني ١٨٢/٥.

(٢) الحديث أخرجه ابن ماجة : سنن ابن ماجة ٧٥٠/٢، كتاب التجارات ، باب النهي عن بيع الطعام ما لم يقبض ، رقم الحديث (٢٢٢٨) ، وقال في الزوائد في اسناده ابو عبد الرحمن الانصاري وهو ضعيف ، والدار قطني في سننه ٨/٣ ، كتاب البيوع ، والبيهقي : السنن الكبر ٣١٥/٥، كتاب البيوع ، باب الرجل يبتاع طعاما كيلا فلا يبعه حتى يكتاله ، وقال روي موصولا من أوجه إذا ضم بعضها الى بعض قوي ، روي بإسناد فيه ابن ابي ليلى واسناد فيه ابو هريرة ، وقال في الفتح بإسناد حسن ، انظر سبل السلام للصنعاني ١٦/٣.

(٣) الحديث أخرجه مسلم : صحيح مسلم ١١٦١/٣ ، كتاب البيوع ، باب بطلان بيع المبيع قبل القبض ، رقم الحديث (١٥٢٧)، الناشر : دار الفكر-بيروت ، الطبعة لسنة ١٤٠٣هـ.

ب. وفي لفظ : "**كنا نبتاع الطعام جزافا فبعث علينا من يأمرنا بانتقاله من المكان الذي ابتعناه فيه الى مكان آخر سواه قبل ان نبيعه**".[١]

ج. وفي لفظ : "**كنا نشتري الطعام من الركبان جزافا فنهانا رسول الله صلى الله عليه وسلم ان نبيعه حتى ننقله من مكانه**"[٢]. وهذه الرواية رواها البخاري بلفظ "... حتى يؤوه الى رحالهم".[٣] وقيس على الطعام غيره من المنقولات.

وجـــه الاستدلال :

دلت الاحاديث على أنه لا يكفي مجرد التخلية في القبض بل لا بد من النقل الفعلي من المكان الذي اشتروه فيه الى مكان آخر ، لأن الايواء المذكور في الحديث عبارة عن القبض، وضربهم على عدم نقل المبيع من مكانه يدل على اشتراط القبض.[٤]

وفي شرح منتقى الاخبار قال : في قوله صلى الله عليه وسلم "حتى يحوزها التجار الى رحالهم أنه لا يكفي مجرد القبض ، بل لا بد من تحويله الى المنزل الذي يسكن فيه المشتري أو يضع بضاعته فيه ، ويدل عليه قوله صلى الله عليه وسلم (حتى يحولوه) ، ويدل عليه رواية مسلم ... فبعث علينا من يأمرنا بانتقاله من المكان الذي ابتعناه فيه الى مكان سواه قبل ان نبيعه...ولكن صاحب الفتح قال : إنه لا يعتبر الايواء الى الرحال لان الأمر به خرج مخرج الغالب. وهذه تحتاج الى برهان لأنها مخالفة لما هو الظاهر. وقوله (يكتاله) المراد به القبض والاستيفاء".[٥]

---

(١) الحديث أخرجه مسلم: صحيح مسلم ١١٦٠/٣ ، كتاب البيوع ، باب بطلان بيع المبيع قبل القبض ، رقم الحديث (١٥٢٧).

(٢) الحديث أخرجه مسلم : صحيح مسلم ١١٦٠/٣، كتاب البيوع ، باب بطلان بيع المبيع قبل القبض ، رقم الحديث (١٥٢٧)

(٣) البخاري : صحيح البخاري مع الفتح ٣٥٠/٤، كتاب البيوع ، باب من رأى إذا اشترى طعاما جزافا أن لا يبيعه حتى يؤويه الى رحله والادب في ذلك ، رقم الحديث (٢١٣٧).

(٤) العيني : عمدة القارئ شرح صحيح البخاري ٢٤١/١١.

(٥) الشوكاني : نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخبار : ١٨١/٥.

الحديث الرابع :

ما رواه الحاكم في مسنده عن ابن عمر رضي الله عنهما عن رسول الله صلى الله عليه وسلم "**أنه نهى ان تباع السلع حيث تشتري حتى يحوزها الذي اشتراها إلى رحله وان كان ليبعث رجالا فيضربونا عليه**"[1] وقال حديث صحيح على شرط مسلم ، ووافقه الذهبي.[2] وفي رواية اخرى قال ابن عمر : "ابتعت زيتا في السوق فلما استوجبته لقيني رجل فأعطاني به ربحا حسنا ، فأردت ان أضرب على يديه فاخذ رجل من خلفي بذراعي فالتفت اليه فإذا زيد بن ثابت فقال : "لا تبعه حيث ابتعته حتى تحوزه الى رحلك **فإن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى ان تباع السلع حيث تبتاع حتى يحوزها التجار الى رحالهم**.[3]

ثانياً : العرف :

فالعرف جار على هذا التقسيم، قال صاحب المغني: "لأن القبض مطلق في الشرع ، فيجب الرجوع فيه الى العرف كالاحراز والتفرق، والعادة في قبض هذه الاشياء ما ذكرنا".[4]

الترجيح :

بعد استعراض أقوال الفقهاء أرى أن القبض هو التخلية حسب العرف والتمكن من التسليم دون التسلم الفعلي في كل شيء ، عقارا ، أو منقولا فيما عدا الطعام، للأسباب التالية:

أولاً : أن الأحاديث تدل على أن للطعام خصوصية في الشريعة الإسلامية ليست لغيره.

---

(١) الحديث رواه الحاكم : المستدرك ٢/٤٠، كتاب البيوع ، وقال صحيح على شرط مسلم.

(٢) الذهبي : (٦٧٣-٧٤٨هـ) : محمد بن أحمد بن عثمان بن قايماز الذهبي ، حافظ ومؤرخ وعلامة محقق تركماني الأصل من أهل ميافارقين ، ولد وتوفي في دمشق ، انظر الأعلام ٢٢٢/٦، الطبعة الثالثة.

(٣) الحديث سبق تخريجه ص١٣.

(٤) ابن قدامة : المغني والشرح الكبير ٢٢٠/٤، النووي : المجموع شرح المهذب ٢٧٥/٩.

ثانياً : أن الادلة فيما عدا الطعام متعاضدة في أن القبض لا يحتاج الـــى نقــل أو تحويــل ، فالقبض يتم بمجرد العقد دون نقل أو تحويل كما دلت الأحاديث الصحيحة على ذلك.

ثالثاً : لو شرط القبض الفعلي في جانب المشتري للطعام فإنه قد يتعسف في استعمال حقه فقد لا ، يتسلمه وتعلُق الوفاء بالواجب على شيء متعذر لا يجوز.

رابعاً : إن معنى القبض في اللغة هو التمكن والتمكين دون التسلم الفعلي ولــو لــم يقيــد إلا بالأحاديث الواردة عن النهي عن بيع الطعام قبل استيفائه أو تحويله فيجب العمل بالقيد والله أعلم.

خامساً : وبالأخذ بهذا الرأي جمع بين الأدلة والجمع بين الأدلة أولى من إهمالــها أو إلغــاء أحدها ، والله اعلم.

المبحث الثاني

القبض الحكمي

المطلب الأول

مفهوم القبض الحكمي

الحكمي في اللغة : من الحكم ، وهو القضاء في الشيء أنه كذا أو ليس كذا سواء لزم ذلك غيره أم لا ، وهو الاعتداد بالشيء في ترتيب الحكم ، ويقال : حكمت عليه بكذا إذا منعته فلم يقدر على الخروج من ذلك[١] ، وجاء في القاموس الفقهي : "أن التصرفات الحكمية ما كان لها حكم من الصحة والفساد".[٢] وسميت النجاسة حكمية بذلك للحكم بوجودها دون أثرها. وفي الرواية الظاهرة عند الحنفية "أن التخلية رفع الموانع والتمكن من القبض ، وهي قبض حكما ، ويترتب عليه ما يترتب على القبض الحقيقي"[٣] ، وجاء في النتف : "أن المشتري يصير قابضا للعبد بالجناية عليه كقتله وكسر رجله حكما"[٤]. وعرفه الزرقا بقوله : "أن الحكمي أن يعتبر الشارع له بعد وقوعه صفة الصلوح ، لأنْ تترتب عليه أحكامه وهي آثاره المقررة شرعا".[٥]

فالقبض الحكمي : هو التقديري والاعتباري وان لم يكن متحققا حسا ، وفعلا ، ويقام عند الفقهاء مقام القبض الحقيقي ، وتترتب عليه آثار القبض الحقيقي للضرورة ورفعا للحرج والتيسير على الناس.

---

(١) الفيومي : المصباح المنير ٥٧/١ ، ٣٧/٢، مادة حكم ، الزبيدي : تاج العروس من جواهر القاموس ٣٥٤/٨ ، مادة حكم ، باب الميم.

(٢) حبيب : سعدي ابو حبيب القاموس الفقهي ٢١٠ : الناشر : دار الفكر.

(٣) ابن عابدين : حاشية رد المحتار على الدر المختار ٤٧٩/٦.

(٤) السعدي : ابو الحسن بن الحسين بن محمد السعدي : النتف في الفتاوي ٤٨٢/١. الناشر : مؤسسة الرسالة ببيروت ، دار الفرقان-عمان.

(٥) الزرقاء : المدخل الفقهي العام ٦٥١/٢.

المطلب الثاني

حالات القبض الحكمي

يقوم القبض الحكمي مقام القبض الحقيقي وان لم يكن متحققا في الواقع حسا ، وذلك لضرورات تقضي باعتباره تقديرا ، وحكما ، وتترتب عليه أحكام القبض الحقيقي في حالات كثيرة منها :

الحالة الاولى : اتحاد القابض والمقبض:

ما يفهم من عبارات الفقهاء ، أنه إذا وجب الاقباض ، واتحدت يد القابض والمقبض ، فالأصل في ذلك اشتراط التعدد وعدم اتحادهما ، فلا يستطيع أن يقوم بهذا الدور شخص واحد، وذلك لتضاد الحقوق ، وما يؤدي اليه ذلك من الاستحالة ، فمحال أن يكون الشخص الواحد في آن واحد مطالِبا ومُطالَبا ، ومسِّلما ومتسلما ، لاختلاف الأغراض بينهما ، ولحصول التهمة في حق نفسه ، فإذا كان قابضا لنفسه احتاط لها ، وإن كان مقبضا وجب عليه الوفاء من غير زيادة ، وطباع الناس في ذلك لا تنضبط ، فامتنع الجمع بينهما. وبناء على هذا منع الفقهاء أن يكون الواحد وكيلا للجانبين في باب البيع لأن حقوق العقد في البيع تعود إليه.[١]

واستثنى الفقهاء من هذا الأصل :

أولا : الأب :

فأجازوا له أن يقبض من نفسه لنفسه مال ولده إذا اشتراه ، وأن يقبض من نفسه لابنه

---

(١) داماد : مجمع الانهر شرح ملتقى الأبحر ٢٥٧/٢، ٣/٢. ، الصاوي : بلغة السالك لأقرب المسالك ٧٣/٢ ، السلمي: قواعد الأحكام في مصالح الأنام ٢٠٠/١ ، ٨٥/٢ ، ابن رجب : القواعد في الفقه ص١٢٠.

الصغير إذا باعه ماله بمثل القيمة ، أو بما يتغابن به الناس عادة ، وذلك لوفور شـــفقة الأب وكمالها ، وعدم التهمة في حقة ، فالقبض لا يزيد على العقد ، وهو يملك الانفراد به ، ولأنــه ليس في ذلك استحالة ، فيجعل الصبي كأنه باع واشترى بنفسه وهو بالغ ، فتعدد العاقد حكما، أو يجعل شخص الأب المتحد حقيقة متعددا ذاتا ، ورأيا، ويكون قبضه له بالنية ، فلا يــؤدي الى الاستحالة.[١]

وخالف في ذلك زفر[٢] وقال بعدم الجواز ، وهو القياس لتضاد الحقوق ، وما يـؤدي ذلك الى الاستحالة.

ثانياً : الوصي :

اختلف الفقهاء في الوصي على قولين :

القول الأول : للحنفية[٣] ، وقول للمالكية[٤] :

أنه يجوز للوصي أن يتولى طرفي العقد ويبيع ليتيمه من ماله ويقبضه ليتيمـــه مــن نفسه، أو يشتري من يتيمه لنفسه ويقبضه من نفسه ، بمثل قيمته وبما يتغابن به الناس عــادة. واشترطوا أن يكون في ذلك نفع ظاهر للصغير ، فيكون ذلك قربانا لمال اليتيم على الوجـــه الأحسن ، ولأنه مرضي الأب ، أما إذا لم يكن فيه نفع ظاهر لم يجز الحنفية له ذلك بالإجماع في المذهب.

---

(١) الكاساني : بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ١٣٥/٥ ، القرافي : الذخيرة ١٢٠/٥ ، السيوطي : الاشباه والنظائر ٢٨١، ابن قدامة : المغني والشرح الكبير ٢٢٣/٤.

(٢) زفر : (١١٠-١٥٨هـ) زفر بن الهذيل بن قيس بن سلم العنبري ابو الهذيل ، أصله من أصفهان ، تفقه على أبي حنيفة وهو أكبر تلامذته، امام في البصرة وتولى قضاءها وتوفي فيها. انظر الاعلام للزركلي٧٨/٣ الطبعة الثالثة ، الفوائد البهية ص٧٥.

(٣) الكاساني : بدائع الصنائع ١٣٥/٥.

(٤) الدردير : الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ١٥٢/٣.

وأجاز المالكية للسلطان النظر فيما يفعله الوصي ، ولم يجيزوا له النظر فيما يفعلـــه الأب لوفور شفقته وكمالها ما لم تظهر عليه المحاباة فيعترض عليه ، جـــاء فـــي القرطبـــي "وللسلطان النظر فيما يفعله الوصي من ذلك ، فأما الأب فليس لأحد عليه نظر مـــالم تظـــهر عليه المحاباة فيعترض عليه السلطان حينئذ."(١)

القول الثاني : للشافعية(٢) ، والحنابلة(٣) :

حيث لم يجيزوا للوصي أن يتولى القبض من نفسه ليتيمه ، أو من يتيمه لنفسه ، ولـــم يجيزوا ذلك للقاضي أيضا ، لأنهما متهمان في طلب الحق لنفسيهما ، ولتضاد الحقوق ، ومـــا يؤدي اليه من الاستحالة ، ولأن الوصي لا يساوي الأب فكان بخلافه.

الترجيح :

بعد استعراض أقوال الفقهاء أرى أن الراجح هو القول بالجواز عند ظهور مصلحـــة الصغير للأسباب التالية :

أولا : لأن الوصي مرضي عند الأب ، ولولا وفور شفقة الوصي ما رضيه الأب وصيا.

ثانيا : لأن ذلك يعود بالنفع على الصغير ، لظهور المصلحة ومع تقيد ذلك بنظر الســـلطان ، والله أعلم.

---

(١) القرطبي : الجامع لأحكام القرآن ١١/٥.

(٢) الشربيني : مغني المحتاج ١٧٦/٢.

(٣) ابن قدامة : المغني والشرح الكبير ٥١٩/٤.

الحالة الثانية :

اعتبار الدائن قابضا حكما وتقديرا للدين إذا كانت ذمته مشغولة بمثله في الجنس ، والصفة ، ووقت الأداء ، لأن المال الثابت في الذمة إذا استحق المدين قبض مثله من دائنه بعقد جديد ، أو بأحد موجبات الدين ، فإنه يعتبر مقبوضا حكما من قبل ذلك المدين. ومن شواهد ذلك ما يلي :

أولا : المقاصة :

المقاصة لغة : من باب قاتل : إذا كان لك عليه دين مثل ما له عليك ، فجعلت الدين في مقابلة الدين.[1] **واصطلاحا :** "هي قبض ما في ذمة القابض لنفسه"[2] ، فإذ انشغلت ذمة الدائن بمثل ما له على المدين في الجنس والصفة والحلول برئت ذمة المدين مقابلة بالمثل من غير حاجة الى تقابض بينهما ، والدينان إذا تساويا في المقدار يسقطان ، لأن ما في الذمة يعتبر مقبوضا حكما ، وإذا تفاوت الدينان في القدر سقط من الأكثر بقدر الأقل وبقيت الزيادة، فالزيادة تقع في القدر المشترك ، ويبقى الباقي دينا في ذمة الآخر.[3] والمقاصة مشروعة كما يرى جمهور الفقهاء على الرأي الراجح[4] لحديث ابن عمر رضي الله عنهما قال : "**أتيت النبي صلى الله عليه وسلم فقلت: إني أبيع الإبل بالنقيع فأبيع بالدنانير وآخذ الدراهم وأبيع بالدراهم وآخذ الدنانير فقال: لا بأس أن تأخذها بسعر يومها ما لم تفترقا وبينكما شيء**".[5]

---

(١) الفيومي : المصباح المنير ١٦٤/٢، مادة قص.

(٢) العدوي : العدوي بحاشية الخرشي : ٥٣/٥.

(٣) ابن نجيم : البحر الرائق شرح كنز الدقائق ٢١٧/٦ ، الدردير : الشرح الكبير بحاشية الدسوقي ٢٢٧/٣ ، الرافعي : فتح العزيز ٢٤١/٨، البهوتي : كشاف القناع عن متن الاقناع ٢٩٦/٣ ، ٣٧٣.

(٤) انظر الشوكاني : نيل الاوطار ١٧٧/٥.

(٥) الحديث سبق تخريجه ص٥٨.

ففي الحديث دليل على جواز الاستبدال عن الثمن الذي في الذمة بغيره ، وجاء في العناية "أن هذا الحديث يدل على المقاصة استحسانا ، وهي بين الدين والعين ، لأن قبض نفس الدين لا يتصور ، فهو عبارة عن مال حكمي في الذمة ، والدين لا يتعين بالتعيين ، فكان قبضه بقبض بدله ، والقياس يقتضي عدم وقوع المقاصة بين الدين والعين لعدم المماثلة".[1]

والعقل يقضي بجواز المقاصة ، لأنها الطريقة الوحيدة التي يمكن فيها قضاء الديون ، ولا يمكن أن يقضى بسواها ، وجاء في البدائع "هذا هو طريق قبض الديون".[2]

وذكر الشافعية[3] والحنابلة[4] أن التقاص يحصل بنفس ثبوت الدينين ، ولا حاجة الى الرضا، لأن مطالبة أحدهما الآخر بمثل ما عليه عبث ولا فائدة فيه.

ثانيا : اقتضاء أحد النقدين من الآخر :

الاقتضاء لغة : يقال اقتضيت منه حقي أي أخذته.[5]

واصطلاحا : هو قبض ما في ذمة غير القابض.[6] وصورة الاقتضاء ، أن يكون لك على آخر دراهم ، فتأخذ منه دنانير ، أو كانت عليه دنانير ، فتأخذ منه دراهم بسعر يومها ، وثبوت الدين في ذمة المدين قبل المصارفة يعتبر قبضا حكما ، واقتضاء تقديريا له من دائنه، فكأن الدائن بعد المصارفة قبض من المدين ، ثم سلمه اليه ثانية.

واختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين :

---

(١) البابرتي : العناية على الهداية بهامش فتح القدير ٣٨٠/٥.

(٢) الكاساني : بدائع الصنائع ٢٣٤/٥.

(٣) تحفة المحتاج ٣٩٦/٢ ، نقلا عن الفقه الاسلامي للزحيلي ٣٧٣/٣.

(٤) البهوتي : كشاف القناع عن متن الاقناع ١٨٧/٣.

(٥) الفيومي : المصباح المنير ١٦٦/٢، مادة قضى.

(٦) الخرشي : حاشية الخرشي على مختصر سيدي خليل ٥٣/٥.

القول الاول : للجمهور من الحنفية[١] ، والمالكية[٢] ، والشافعية[٣] ، والحنابلة[٤] :

قالوا أنه يجوز اقتضاء أحد النقدين من الآخر، ويكون صرفا بعين وذمة ، واستدلوا على جوازه بما يلي :

أولا : روى ابو داود والأثرم[٥] في سننهما عن ابن عمر رضي الله عنهما قال : كنت أبيع الابل بالنقيع... فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : **لا بأس أن تأخذها بسعر يومها ما لم تفترقا وبينكما شيء".[٦]**

واشترط أن لا يتفرقا وبينهما شيء ، لأن اقتضاء الدراهم من الدنانير صرف ، والصرف شرط صحته التقابض في المجلس للعوضين قبل ان يفترقا.[٧] وفيه دليل على جواز الاستبدال عن الثمن الذي في الذمة بغيره ، وأن ما في الذمة كالحاضر ، ولأن ظاهر الحديث يدل على أنهما غير حاضرين جميعا ، والحاضر أحدهما وهو غير اللازم.[٨]

فلا مانع من التصرف فيه ، لأن الملك قائم ، وهو المطلق للتصرف ، وغرر الإنفساخ بالهلاك منتف لعدم تعينهما بالتعيين في النقود[٩]. ولأن شرط صحة الصرف المناجزة ، والتقابض في مجلس العقد قبل الافتراق ، وصرف ما في الذمة ينقضي بنفس الإيجاب والقبول ، والقبض من جهة واحدة أسرع من صرف المعينات ، فإذا كان قضاء العين عن

---

(١) الكاساني : بدائع الصنائع ٢٧٤/٥.
(٢) التسولي : البهجه على التحفة ٩٣/٢.
(٣) الخطيب والنووي : مغني المحتاج ٧٠/٢.
(٤) ابن قدامة : المغني والشرح الكبير ١٧٢/٤-١٧٣.
(٥) الاثرم : (ت٢٦١هـ) أحمد بن محمد بن هانئ الطائي الاسكافي ابو بكر الأثرم ، من حفاظ الحديث وأخذ عن الإمام أحمد وآخرين ، انظر الأعلام للزركلي١٩٤/١ ، الطبعة الثالثة.
(٦) الحديث سبق تخريجه ص٥٧.
(٧) آبادي : عون المعبود شرح سنن ابي داود ٢٠٤/٩.
(٨) الشوكاني : نيل الاوطار شرح منتقى الاخبار ١٧٧/٥.
(٩) ابن قدامة : المغني والشرح الكبير ١٧٣/٤.

العين مع حلول الأجل جائز وصرفها لا ينقضي الا بقبضهما معا ، وهو معرض للعدول ، فصرف ما في الذمة أولى بالجواز.[1]

القول الثاني : لابن عباس ، وابن شبرمة[2] وغيرهما :

منعوا اقتضاء أحد النقدين من الآخر ، وقالوا بعدم الجواز ، لأن القبض شرط وقد تخلف القبض.[3]

الترجيح :

بعد استعراض أقوال الفقهاء أرى أن الراجح ما ذهب إليه الجمهور لأن القبض منصوص عليه في الحديث ولأن ما في الذمة كالحاضر، والله أعلم.

ثالثا : تطارح الدينين صرفا :

وصورته أن تقول : بعتك الدينار الذي لي في ذمتك بالعشرة الدراهم التي لك في ذمتي حتى تبرأ ذمة كل منا.[4] واختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين :

---

(١) الابي : اكمال اكمال المعلم شرح صحيح مسلم ٤٧٢/٥.

(٢) ابن شبرمة : عبد الله بن شبرمة بن الطفيل بن حسان بن المنذر الكوفي التابعي فقيه أهل الكوفة روى عن الشعب وابن سيرين وروى عنه شعبة واتفقوا على توثيقه وكان قاضيا لأبي جعفر على سواد الكوفة ، وتوفي سنة ١٤٤هـ. انظر تهذيب الأسماء للنووي ٢٧٢/١.

(٣) ابن قدامة : المغني والشرح الكبير ١٧٣/٤.

(٤) السبكي : تقي الدين ابو الحسن علي بن عبد الكافي السبكي : التكملة الاولى للمجموع شرح المهذب ١٠٧/١٠ ، الناشر : دار الفكر-بيروت.

القول الأول : للحنفية[1] ، والمالكية[2] ، وقول للشافعية[3] ، والحنابلة[4]:

لو كان لرجل في ذمة آخر دنانير ، وللآخر عليه دراهم ، فاصطرفا بما في ذمتيهما، يصح ذلك الصرف ، ويسقط الدينان من غير حاجة الى التقابض الحقيقي ، ومع أن شرط صحة الصرف التقابض إجماعا ، وذلك لوجود التقابض الحكمي الذي يقوم مقام القبض الحقيقي ، لأن الذمة الحاضرة كالعين الحاضرة.

واشترط المالكية أن يكون الدينان قد حلا معا ، وحلول الأجلين يقام مقام الناجز بالناجز ، فإن كلا منهما اشترى ما في ذمة الآخر ، وهو مقبوض له بما في ذمة الآخر ، كما لو كان لكل منهما عند الآخر وديعة فاشتراها بوديعته عند الآخر.

القول الثاني : للشافعية[5] ، والحنابلة[6] :

لا يجوز صرف ما في الذمة إذا لم يحضر أحدهما أو كلاهما النقد الوارد عليه عقد الصرف ، لأنه يكون بيع دين بدين ، وجاء في الام : "الرجل يكون عليه دراهم لرجل وله عليه دنانير فحلت أم لم تحل فلا يجوز".[7] وجاء في الكشاف : "فإن كان كل من النقدين في ذمتهما فاصطرفا من غير إحضار أحدهما لم يصح ، لأنه بيع دين بدين[8] ، وقد **"نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الكالئ بالكالئ".[9]**

(١) ابن نجيم : البحر الرائق شرح كنز الدقائق ٢١٦/٦.
(٢) ابن جزي : القوانين الفقهية ٢٥١.
(٣) ابن السبكي : تاج الدين تقي الدين السبكي : طبقات الشافعية ٢٣١/١٠، الناشر : دار المعرفة-بيروت، الطبعة الثانية.
(٤) البعلي : علاء الدين ابو الحسن علي بن محمد بن عباس البعلي الدمشقي (ت ٨٠٣هـ) : الاختيارات الفقهية من فتاوى ابن تيمية ١٢٨، الناشر : دار المعرفة-بيروت.
(٥) السبكي : التكملة الاولى للمجموع ١٠٧/١٠.
(٦) البهوتي : كشاف القناع عن متن الاقناع ٢٧٠/٣.
(٧) الشافعي : محمد بن ادريس الشافعي(١٥٠-٢٠٤هـ) : الأم ٣٣/٣ ، الناشر : دار المعرفة-بيروت.
(٨) البهوتي : كشاف القناع عن متن الاقناع ٢٧٠/٣.
(٩) الحديث : أخرجه الدار قطني : سنن الدار قطني ٧١/٣ -٧٢، كتاب البيوع ، الحاكم : المستدرك ٥٧/٢ ، كتاب البيوع ، وقال صحيح على شرط مسلم، الطحاوي : شرح معاني الآثار ٢١/٤ ، كتاب البيوع، قال الشافعي : أهل الحديث يوهنون هذا الحديث ، وقال أحمد : ليس في هذا حديث يصح ، ولكن اجماع الناس على عدم جواز بيع الدين بالدين، انظر التلخيص لابن حجر٢٩/٣، وانظر نيل الاوطار للشوكاني١٧٧/٥.

الترجيح :

بعد استعراض اقوال الفقهاء أرى أن الراجح هو قول المالكيـــة والحنفيـــة للأســـباب التالية:

أولا : لأنه قد برئت ذمة كل منهم من غير مفسدة ، ولأن هذا دين سقط فلا يحدث المحظور ، وهو الربا ، فإنه لا ربا في دين سقط ، فصح لفوات المحظور.

ثانيا : الحديث منقطع[1].

ثالثا : معنى الكالئ بالكالئ المؤخر بالمؤخر ، ولم ينه عن دين ثابت في الذمة سقط ، إذا بيع بدين ثابت في الذمة سقط ، فهذا يقتضي تفريغ كل واحدة من الذمتين. والله أعلم.

يقول ابن القيم : "وإن كان بيع دين بدين فلم ينه الشارع عن ذلك لا بلفظه ولا بمعنـــى لفظه ، فقواعد الشرع تقضي بجوازه[2] ، والله أعلم.

---

(١) ابن تيمية : نظرية العقد ص٢٣٥.

(٢) ابن القيم : اعلام الموقعين عن رب العالمين ٩/٢.

المبحث الثالث

القبض من حيث المشروعية

المشروعية لغة : تقول : شرع للناس ، أي : سن لهم ، ثم استعمل في المشـــروع ، وشرع الأمر جعله مسنونا مشروعا.[1] والقابض لمال غيره ، إما أن يقبضه بطريق مشروع، بحيث يستند الى إذن شرعي ، فيكون قبضه صحيحا ، لا يترتب عليه ضمان لمالكه الأصلي، ولا إثم عليه عند الله.

وإما أن يقبضه بطريق غير مشروع ، بحيث لا يستند الى اذن شرعي ، فيكون قبضه غير صحيح ، فيجب عليه رد المال الى صاحبه ، وتحمل مسؤولية الضمان ، ويأثم عنـد الله تعالى.

وقد قسم العلماء القبض من حيث المشروعية والاذن فيه الى ثلاثة أضرب:

الضرب الأول[2] : القبض بمجرد إذن الشارع دون إذن المستحق :

فـالقبض بـإذن الشـارع ، إمـا أن يكـون بنص كـاللقطـة[3] ، حيث جـاء في خبر الصحيحين أن النبي صـلى الله عليـه وسـلم سئل عن لقطـة الذهـب والـورق ، فقال: "**إعرف وكائها[4] وعفاصها[5] ، ثم عرفها سنة... وسئل عن الشاة فقال : خذها فإنمـا هي لك أو لأخيك أو للذئب**".[6]

---

(١) مجموعة أساتذه : المعجم الوسيط ٤٧٩/١ ، الطبعة الثانية.

(٢) القرافي : شرح تنقيح الفصول في اختصار المحصول٣٥٨-٣٥٩ ، الناشر دار الفكر ، الطبعة الاولى لسنة ١٤١٨هـ، السلمي : قواعد الأحكام في مصالح الانام ٢-٨٣، ٨٤ ، ابن رجب : القواعد في الفقه الاسلامي ق٤٣ ص٥٤-٥٩.

(٣) اللقطة : لقط الشيء لقطا أخذته وجمعته ، الفيومي : المصباح المنير ٢٢٠/٢ ، مادة لقط ، واصطلاحا المال الضائع من ربه يلتقطه غيره ، المغني لابن قدامة ١١٨/٦.

(٤) الوكاء : الخيط الذي يشد به الوعاء الذي تكون فيه النفقة ، انظر المصباح المنير للفيومى ٣٤٨/٢، مادة وكى.

(٥) عفاصها : الوعاء الذي تكون فيه النفقة جلدا كان أو غيره ، وقيل له ذلك أخذا من العفص وهو الثني ، لأن الوعاء ثنى على ما فيه ، انظر المصباح المنير للفيومي ٦٨/٢، ما دة عفص.

(٦) الحديث أخرجه البخاري : صحيح البخاري مع الفتح ٨٣/٥، كتاب اللقطة ، باب ضالة الغنم، رقم الحديث (٢٤٢٨) ، ومسلم : صحيح مسلم ١٣٤٦/٣، كتاب اللقطة ، رقم الحديث (١٧٢٢).

وإما أن يكون الإذن باجتهاد الحاكم ، فيما يتعلق بمصالح العباد مع مراعاة القواعد العامة لمقاصد الشريعة ، كجلب المصالح ودرء المفاسد. وتعددت وجوه الإذن من الشارع لتفرع مناحي الشريعة والحفاظ على كيان الأمة ، فقد يكون الإذن من الشارع ، للتوسعة والتيسير على العباد في حياتهم كالبيع والشراء ، وقد يكون رفعا للحرج ودفعا للمشقة كأكل الميتة للمضطر.

ومن أنواع القبض بإذن الشارع ، قبض ولاة الامور والحكام الأعيان المغصوبة من الغاصب ، وقبض أموال الغائبين والمحبوسين الذين لا يتمكنون من حفظ أموالهم ، وقبض أموال المجانين والمحجور عليهم بسفه ونحوهم ، ومنها قبض من طيرت الريح ثوبا له ، ثم ألقته في حجره ، أو داره.(١)

الضرب الثاني(٢) : قبض ما يتوقف جواز قبضه على إذن مستحقه :

الأصل أن كل مملوك لشخص لا يجوز تصرف غيره فيه بدون إذن إلا لحاجة، كأن يحتاج المريض لدواء ، فإنه يجوز للولد والوالد الشراء من مال المريض ما يحتاج اليه بدون إذنه. وإذن المالك فيما يملكه يكون على الوجوه التالية :

أولاً : قسم قبضه بإذن المالك يفيد نقل ملكية المقبوض الى القابض مثل قبض المشتري للمبيع وقبض الموهوب له للهبة.

ثانياً : قسم لا يحصل ملك للقابض لما قبضه بإذن مالكه وهو أنواع :

النوع الاول : ما يتم قبضه لمصلحة القابض ، كقبض المستعير العين المستعارة ، فالإذن متعلق بالانتفاع بالعين.

النوع الثاني : ما يتم القبض فيه لمصلحة المالك ، لا لمصلحة القابض ، كقبض الوديعة.

---

(١) القرافي : شرح تنقيح الفصول ٣٥٨-٣٥٩ ، السلمي : قواعد الأحكام في مصالح الأنام ٢/٨٣-٨٤ ، ابن رجب : القواعد في الفقه الإسلامي ق ٤٣ ص٥٤-٥٩.

(٢) القرافي : شرح تنقيح الفصول ٣٥٨-٣٥٩ ، السلمي : قواعد الأحكام في مصالح الأنام ٢/٨٣-٨٤ ، ابن رجب : القواعد في الفقه الإسلامي ق ٤٣ ص٥٤-٥٩.

النوع الثالث : ما يتم القبض فيه لمنفعة القابض والمالك معاً ، وهو قسمان :

القسم الأول : قبض على وجه الملك ، كالمقبوض على سوم الشراء والمقبوض بعقد فاسد.

القسم الثاني : وهو ما قبض لمصلحتهما لا على وجه التمليك ، كالمضاربة والشركة.

الضرب الثالث(١) : القبض بغير اذن الشارع ولا إذن المالك :

وهذا القبض الذي يفتقر الى اذن الشارع أو اذن المالك اذا تم فهو غير مشروع ، ويترتب عليه ضمان المال لمالكه والحرمة والاثم على قابضه وهو قسمان :

القسم الاول : ما يتم قبضه مع علم القابض بحرمته ، كالمغصوب ، والسرقة ، في أثم الغاصب ويضمن ما قبضه بغير حق ولا إذن.

القسم الثاني : ما يتم قبضه من غير علم القابض بحرمته ، كالذي يقبض مالا يعتقد أنه ماله فإذا هو لغيره ، فلا يقال إن الشرع أذن له بقبضه ، بل يقال إن الشرع قد عفى عنه بإسقاط الإثم فلا إثم عليه بقبضه ولا إباحة فيه ، ويكون من ضمانه ، ويلحق بهذه الحالة استدامة القبض للمال المقبوض بغير إذن كامتناع من وجب عليه تسليم ما وجب تسليمه الى مستحقه بدون وجه مشروع وكالامتناع عن تسليم المبيع للمشتري بدون مبرر شرعي ، فحكمه كالغاصب.

---

(١)القرافي : شرح تنقيح الفصول ٣٥٨-٣٥٩ ، السلمي : قواعد الأحكام في مصالح الأنام ٢/٨٣-٨٤ ، ابن رجب : القواعد في الفقه الإسلامي ق ٤٣ ص٥٤-٥٩.

الفصـــل الثـــالث

شروط صحة القبض وفيه ثلاثة مباحث :

المبحث الأول : شروط صحة القبض.

المبحث الثاني : أثر اشتراط القبض في العقود وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول : العقود التي يشترط القبض فيها لنقـــل الملكية واستقرارها

المطلب الثاني : العقود التي لا تصح إلا باشتراط القبض فيها.

المطلب الثالث : العقود التي لا تلزم إلا باشتراط القبض فيها

المبحث الثالث : آثار القبض في العقود وفيـــه ثلاثـــة مطالب :

المطلب الأول : انتقال الضمان الى القابض.

المطلب الثاني : التسلط على التصرف.

المطلب الثالث : وجوب بذل عوض المقبوض.

الفصـــل الثــالث

شروط صحة القبض

المبحث الأول

شروط صحة القبض

"المقصود من العقود إنما هو القبض والاستيفاء ، فإن المعـــاقدات تفيــد وجــوب القبض وجوازه بمنزلة إيجاب الشارع ثم التقابض ونحوه وفاء بالعقود بمنزلة فعل المأمور به من الشرعيات".[١]

وللقبض شروط صحة يتوقف عليها وجود القبض وترتب آثاره ، فإذا وجدت هـذه الشروط كان القبض صحيحاً. واتفق الفقهاء على لزوم توفر الشروط وحصولها لصحــــة القبض، ولكنهم لم يتفقوا على اعتبار هذه الشروط بمجموعها فاعتبرت بعض الشروط في مذهب دون مذهب.

والشرط لغة : العلامة وهو الزام الشيء والتزامه[٢] ، **واصطلاحاً** : ما يلزم مــــن عدمه العدم ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم لذاته وهو خارج عــــن ماهيــة الشـــيء كالحول شرط لوجوب الزكاة[٣].

(١) ابن تيمية : مجموع فتاوى ابن تيمية ، المجلد ٢٩ ، ٢٩/٩.

(٢) ابن منظور : لسان العرب ٢٢٩/٧ مادة شرط ، باب الطاء ، فصل الشين.

(٣) العطار حسن العطار : حسن العطار على شرح الجلال المحلي على جمع الجوامع ٥٥/٢ ، الناشر: دار الكتب العلمية.

الشرط الأول : الأهلية :

الأهلية في اللغة[1] : هي الصلاحية للأمر ، **وفي اصطـــلاح الفقــهاء**[2] : هـــي صلاحية الشخص لثبوت الحقوق المشروعة له ووجوبها عليه وصحة التصرفـــات منـــه. وهي أهلية وجوب وأهلية أداء[3] ، فأهليته للقبض هي صلاحيته له شرعا وقبولـــه منـــه. واتفق الفقهاء على أنه يشترط لصحة القبض أن يصدر من أهله واختلفوا فيما بينهم حـــول من يكون أهلا للقبض على ثلاثة أقوال :

القول الأول : للحنفية[4] :

اشترط الحنفية أن يكون القابض عاقلا. فلا يصح عندهم قبض المجنون والصبي الذي لا يعقل. أما البلوغ فيشترط عندهم لصحة القبض في بعض التصرفات دون بعض، وقسموا التصرفات المالية للصبي المميز غير البالغ على ثلاثة أنواع[5] :

النوع الأول : تصرفات نافعة نفعا محضاً :

ففي هذه الحالة لا يشترط لصحة القبض البلوغ وكمال العقل إذا كان عنده أصـــل التمييز فيصح قبضه لما وهب له أو تصدق عليه استحسانا.

---

(١) الزبيدي : تاج العروس ٣٧/١٤ ، مادة أهل ، باب اللام.

(٢) حاج : ابن امير حاج ت(٨٧٩هـ) ، التقرير والتحبير على تحرير الامام الكمال بن الهمام ١٦٤/١، الناشر : دار الكتب العلمية: بيروت ، الطبعة الثانية لسنة ١٤٠٣هـ.

(٣) أهلية الوجوب : هي صلاحية الانسان لوجوب الحقوق المشروعة له وعليه ، فأساس أهلية الوجوب هي حياة الانسان. أهلية الأداء : هي صلاحية الانسان لأن يطالب بما له من حق وأن يُطالب بما عليه من حق الغير وأن تعتبر عبارته في انشاء العقود وتترتب عليها آثارها الشرعية وأساسها هو العقل والتمييز لا الحياة. انظر زيدان : عبد الكريم زيدان : المدخل لدراسة الشريعة الاسلامية ص٢٦١، ٢٦٢، الناشر : مؤسسة الرسالة ، الطبعة ١٥.

(٤) الكاساني : بدائع الصنائع ١٢٦/٦ - ١٤١.

(٥) النسفي : أبو البركات عبد الله بن أحمد المعروف بحافظ الدين النسفي : كشف الأسرار شرح المصنف على المنار مع شرحه نور الأنوار على المنار. ٤٧١/٢-٤٧٣ ، الناشر : دار الفكر ، بيروت ، الطبعة الأولى ١٤٠٦ هـ ١٩٨٦م.

النوع الثاني : التصرفات الضارة ضررا محضا :

هنا لا تصح تصرفاته ولا ما ينشأ عنها من قبض لأن شرط صحتها هو البلـوغ ، وبناء عليه لا يصح تبرعه وكفالته بالمال والنفس لأنها تعود بـالضرر الخـالص علـى الصبي.

النوع الثالث : التصرفات الدائرة بين النفع والضرر :

فهذه وما ينشأ عنها من قبض موقوف نفاذه على إجازة وليه. فإن أجازها نفـذت، وإن ردها ردت كبيعه وشرائه وإجارته ونحو ذلك.

القول الثاني : للمالكية[1] :

حيث يكفي عندهم الصفة الإنسانية الكاملة مناطا لاعتبـاره أهـلا للقبـض ولـم يشترطوا التمتع بأهلية المعاملة لصحة القبض ، فيصح عندهم قبض الصغير والمحجـور عليه ، ويكون قبضا تاما. جاء في أحكام الأحكام : "أن الصغير والكبير السفيه إذا حاز ما يحبس عليهما أو تبرع به عليهما فحيازتهما نافذة اتفاقا"[2]. هذا إذا كان فيه مصلحة ، لأن التبرع والحبس على الصبي فيه مصلحة له.

القول الثالث : للشافعية[3] ، والحنابلة[4] :

حيث ذهبوا الى أنه يشترط لصحة القبض صدوره من جائز التصـرف ، وهـو عندهم البالغ ، العاقل ، غير المحجور عليه. إلا أن الحنابلة أجازوا تصرفـات الصبـي المميز والمحجور عليه لسفه بإذن الولي وإجازته. وأجازوا قبضـه للشـيء اليسـير ، والمأكول الذي يدفع مثله للصغير ، جاء في المغني : "وإن كان الصبي مميزا ... إلا أنه

---

(١) التسولي : البهجة شرح التحفة ٣٧٨/٢.
(٢) الكافي : احكام الأحكام على تحفة الحكام ص٢١٧.
(٣) الشربيني : مغني المحتاج ١٢٨/٢.
(٤) اللحام : ابن الحسن علاء الدين بن اللحام القواعد والفوائد الاصولية ، ص٢١-٢٢ ، الناشر : دار الكتب العلمية، بيروت ، الطبعة الاولى لسنة ١٤٠٣هـ ، تحقيق الفقي.

إذا قبل لنفسه وقبض لها صح لأنه من أهل التصرف كبيعه وشـــرائه بإذن وليه"[1]

واشتراط الإذن بالقبض لأنه يصبح بالقبض مستوليا على المال فلا يؤمن تضيعه وتفريطه منه فيتعين حفظه عن ذلك بوقفه على إذن وليه". وخالف في ذلك الشافعية[2] وقالوا بعـدم صحة قبضه ولو أذن له الولي بذلك ، ولا يحصل له الملك فيه لما روي أن النبي صلـى الله عليه وسلم قال :"**رفع القلم عن ثلاث. الصبي حتى يبلغ ، وعن النائم حتى يسـتيقظ ، وعن المجنون حتى يفيق**".[3] ومقتضى الحديث اسقاط اقواله وأفعاله ، ولأنه اذا صـح البيع لزمه وجوب التسليم ، والحديث صرح بأن الصبي لا يجـب عليـه شـيء ، ولأن القبض من باب الولاية وغير البالغ والعاقل لا ولاية له على نفسه أو مالـه فـلا يصـح قبضه، وكما لا تصح تصرفاته القولية لا يصح قبضة في تلك التصرفات.[4]

إن اختلاف الحنفية مع الشافعية والحنابلة فيمن يكون أهلا للقبـض ناشـئ عـن اختلافهم في أهلية التعاقد فاتفق الحنفية والشافعية والحنابلة على أن أهلية الشخص للقبض هي أهليته لإنشاء العقود وسائر التصرفات القولية ، لكنهم اختلفوا فيمن يكون أهلا للتعاقد، فاشترط الحنفية العقل وفرقوا بين تصرفات الصبي المميز النافعة والضارة والمترددة بين النفع والضرر ، في حين اشترط الشافعية والحنابلة لأهلية التصرفات القوليـة أن يكـون بالغا عاقلا غير محجور عليه ، فكان الاختلاف في أهلية القبض ناتج عن الاختلاف فـي أهلية التعاقد ، فعند الجمهور من الحنفية والشافعية والحنابلة إن أهلية القبض هي أهليـة التعاقد ، وعند المالكية لم يعتبروا للقبض أهلية التعاقد وإنما اكتفوا بالصفة الإنسانية مناطا للقبض.

---

(١) ابن قدامة : المغني والرشح الكبير ٢٥٩/٦.

(٢) النووي : المجموع شرح المهذب ١٥٦/٩.

(٣) الحديث أخرجه الترمذي : سنن الترمذي ٣٢/٤ ، كتاب الحدود باب فيمن لا يجب عليه الحد ، رقم الحديث ١٤٠٣، وابن ماجة في سننه ٦٥٨/١ كتاب الطلاق باب طلاق المعتوه والصغير والنائم رقم ٢٠٤١، الحديث ورد بعدة طرق، روي عن الاعمش موقوفا ، ورواه عطاء مرفوعا ، وقال الحافظ في اسناده مقال ، ورجح وقفه ورواه ابو داود مرسلا. انظر نيل الاوطار ٣٤٩/١ كتاب الصلاة ، باب امر الصبي بالصلاة تمرينا لا وجوبا.

(٤) النووي : المجموع ١٥٦/٩.

الترجيــح :

بعد استعراض أقوال الفقهاء أرى ان الراجح هو قول الجمهور للأسباب التالية:

أولاً : ان المقصود من العقود هو القبوض وهو ثمرة العقد ووفاؤه ، فينبغـــي أن يتمتـــع العاقد بأهلية التعاقد عند الانشاء وعند الوفاء.

ثانيا : إن المالكية اشترطوا أهلية المعاملة عند انشاء العقد ، فكيف لا يشـــترطوها عنـــد الوفاء به وخاصة ان الوفاء بالعقد هو غايته وثمرته.

الشرط الثاني : صدور القبض ممن له ولاية عليه :

القبض نوعان : قبض بطريق الاصالة ، وقبض بطريق النيابة.

القبض بطريق الاصالة : هو أن يقبض الشخص لنفسه بنفسه ، فولاية هذا القبـض تكون لمن ثبتت له أهليته بلا خلاف.(١)

أما القبض بطريق النيابة : فتثبت ولاية هذا النـــوع إمـــا بتوليـــة الشـــارع كالأوليـــاء والأوصياء، وإما بتولية المالك كالوكلاء ، لأن السلطان على المال يكون إمـــا بولايـــة أو ملك على التفصيل التالي :

الطريق الأول : ولاية النائب في القبض بتولية الشارع :

وهي ولاية من يلي مال المحجور في قبض ما يستحقه ، وهذه الولاية تتم بتوليـــة الشارع باتفاق الفقهاء لا بتولية المستحق لانتفاء أهليته(٢) .

---

(١) الكاساني : بدائع الصنائع ١٢٦/٦ ، ابن جزي : القوانين الفقهية ٣١٦ ، الشافعي : الام ١٤٠/٣-١٤١. ، اللحام: القواعد والفوائد الاصولية ، ص ٢١.

(٢) الكاساني : بدائع الصنائع ١٥٢/٥ ، ١٢٦/٦ ، الدردير : الشرح الكبير بحاشية الدسوقي ١٠٧/٤، الشافعي : الام ١٤٠/٣-١٤١، ابن قدامة : الشرح الكبير ٥٠٩/٤.

وعد الحنفية من ذلك ولاية من يعول الصغير ويكفله في قبض ما يوهب له سواء أكان الواهب هو أم غيره قريبا أم بعيدا.(١) وعند المالكية ، جاء في القوانين : "ويحوز للمحجور وصيه ، ويحوز الوالد لولده الحر الصغير ما وهبه له هو ما عدا الدنانير والدراهم وما وهبه له غيره مطلقا".(٢) وقد روى الشافعي والبيهقي عن عثمان بن عفان رضي الله عنه : "أنه يرى أن الوالد يحوز لولده إذا كانوا صغارا"(٣) ، وعند الحنابلة أن الأب يقوم مقام ولده الطفل في قبض ما وهبه هو له أو غيره، جاء في المغني: "فإن وهب الأب لابنه شيئا قام مقامه في القبض".(٤)

هذا وألحق الفقهاء بهذه الحالة ولاية قبض المهر ، وولاية عيال المعير في قبض العارية على التفصيل التالي:

أولا : ولاية قبض المهر :

اتفق فقهاء المذاهب الأربعة على :

أ. إن الزوجة إذا كانت صغيرة فولاية قبض مهرها لمن ينظر في مالها من الاولياء بكرا كانت أم ثيبا.

ب. وأما البالغة الرشيدة إن كانت ثيبا فلها أن تقبض مهرها بنفسها فولايتها على أموالها ثابتة باتفاق الفقهاء(٥) لكمال أهليتها ، فإن شاءت تولت هي قبض مهرها بنفسها وإن شاءت وكلت من تختاره في قبض مهرها.

واختلف الفقهاء في البكر البالغة العاقلة على قولين :

---

(١) الكاساني : بدائع الصنائع ١٢٦/٦.

(٢) ابن جزي : القوانين الفقهية ٣١٦.

(٣) الشافعي : الام ٦٢/٤ ، البيهقي السنن الكبرى ١٧٠/٦.

(٤) ابن قدامة : المغني والشرح الكبير ٢٦٠/٦.

(٥) الكاساني : بدائع الصنائع ٢٤٢/٢ ، الدسوقي : حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٣٢٨/٢ ، الشيرازي : المهذب ٥٣/٢ ، البهوتي : كشاف القناع عن متن الاقناع ١٣٦/٥.

القول الأول : الحنفية[1] :

ذهبوا الى أن للولي وهو الأب والجد أن يقبض مهرها ما لم تنهه عن ذلك صراحة لأن البكر تستحي من قبض صداقها، والعادة جارية بذلك فكان قبض وليها مأذونا فيه دلالة عرفا، إذ أن الإذن العرفي كالإذن اللفظي ، ويجوز لها أن تقبضه بنفسه.

القول الثاني : لجمهور الفقهاء من المالكية[2] ، والشافعية[3] ، والحنابلة[4] :

حيث ذهبوا الى أنه لا يجوز لأحد أن يقبض مهرها وتقبضه بنفسها أو توكل من يقبضه لها لأنها رشيدة تلي مالها ، فليس لغيرها أن يقبض مهرها أو أي عوض تملكه بغير إذنها كثمن مبيعها وأجرة دارها ونحو ذلك.

الترجيح :

بعد استعراض أقوال العلماء أرى أن قول الحنفية هو الراجح للأسباب التالية :

أولا : للقاعدة الشرعية "العادة محكمة" وذلك فيما لم يرد فيه نص ، فالعادة جرت بذلك والخروج عنها يخدش حياء المرأة.

ثانيا : أنه يحتاط في عقد النكاح ما لا يحتاط في غيره لعظمته وتمييزا له عن السفاح ودرءا للتهمة عن الافتضاح والله أعلم.

ثانيا : ولاية عيال المعيل في قبض العارية عند ردها :

إن المستعير ينقضي التزامه ويبرأ من ضمانها برد العارية لصاحبها أو وكيله بلا خلاف ، واختلف الفقهاء برد المستعير العارية إلى أحد من عيال المعير كزوجته

---

(١) الكاساني : بدائع الصنائع ٢/٢٤٠.
(٢) الدسوقي : حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٢/٣٢٨.
(٣) الشافعي : الام ٥/٧٢.
(٤) البهوتي : كشاف القناع عن متن الاقناع ٥/١٣٦.

وولده على ثلاثة أقوال :

القول الأول : للحنفية[1] ، والمالكية[2] :

إن رد المستعير الدابة مع خادمه أو بعض من هو في عياله ، فلا ضمان عليه ، إن عطبت لأن يد من هو في عياله في الرد كيده ، كما أن يد من في عياله في الحفظ كيده، والظاهر أن المستعير يرد المستعار بيد من في عياله ولهذا يعولهم فكان مأذونا فيه من جهة صاحبه دلالة ، وكذلك إن ردها الى خادم صاحب الدابة وهو الذي يقوم عليها فهو بريء استحسانا ، لأن صاحب الدابة يحفظ الدابة بسائسها ، ولو دفع الدابة الى مالكها فهذا يدفعها الى سائسها ، وكذلك اذا ردها على السائس والعرف الظاهر أن صاحب الدابة يأمر السائس بدفعها الى المستعير وباستردادها منه إذا فرغت فيصير مأذونا في دفعها اليه دلالة ، وهذا في غير المعار النفيس إذ فيه لا بد من التسليم للمالك وإلا لم يبرأ.

القول الثاني : للشافعية[3] :

حيث قالوا بعدم براءته بردها إلى زوجة المعير أو ولده ، وإذا ضاعت بعد تسليمها فالمعير بالخيار إن شاء ضمن المستعير وإن شاء غرم الزوجة أو الولد ولم يرجعا على المستعير بذلك ، وإن غرم المستعير يرجع عليهما بما غرم.

القول الثالث : للحنابلة[4] :

إنه لا يبرأ إذا ردها الى عيال المعير الذين لا عادة لهم بقبض ماله ، لأنه لم يردها الى مالكها ولا الى نائبه ، فكأنه سلمها لأجنبي ويبرأ بردها إلى من جرت العادة بالرد اليه

---

(١) السرخسي : المبسوط ١١/١٣٩،١٤٠.

(٢) البناني : سيدي الشيخ محمد البناني : حاشية البناني ٦/١٣١ ، مطبوع مع الزرقاني على خليل.

(٣) النووي : روضة الطالبين ٤/٤٤٦.

(٤) البهوتي : كشاف القناع عن متن الاقناع ٤/٧٣-٧٤.

كزوجته وخازنه. فتبرأ ذمته من الضمان وينقضي التزامه بذلك لأنه مأذون عرفا أشبه ما لو أذن فيه نطقا.

الترجيـــــح :

بعد استعراض أقوال العلماء أرى أن الراجح هو قول الحنابلة حيث إن الزوجـــة مؤتمنة على ماله والخازن كذلك وهو مرضي ، وهذا ما جرى به العرف فالعادة محكمـة والله أعلم.

الطريق الثاني : ولاية النائب في القبض بتولية المالك :

اتفق الفقهاء على ثبوت ولاية الوكيل بالقبض ، لأن من ملك التصرف في شـــيء أصالة ملك التوكيل فيه ، والقبض مما يحتمل النيابة ، فكان قبض الوكيل بمنزلة قبـــض الموكل، بشرط ان يكون كل منهما أهلا للقبض[١].

وقد تعرض الفقهاء لأحكام مسائل ثلاث في ولاية الوكيل بالقبض:

المسألة الأولى : ولاية الوكيل بالبيع في قبض الثمن واقباض المبيع.

اختلف الفقهاء في ذلك على أربعة أقوال :

القول الأول : للحنفية :

إن للوكيل بالبيع أن يقبض الثمن ، ويسلم المبيع للمشتري، لأن في الوكالة بـــالبيع إذنا بالقبض والاقباض دلالة[٢] ، ولأنها من حقوق العقد ، والوكيل هـــو العـــاقد حقيقـــة

---

(١) الكاساني: بدائع الصنائع ١٢٦/٦، ابن جزي: القوانين الفقهية ٢٨١ ، الشافعي : الام ١٤٠/٣

(٢) حيدر : درر الحكام ، المجلد الثالث ٦٣٣/١١، الطبعة الأولى لسنة ١٤١١هـ.

وحكما، فتتعلق به حقوق العقد ، جاء في الهداية : "يسلم المبيع ويقبض الثمن ويطالب بالثمن إذا اشترى ويقبض المبيع".(١)

القول الثاني : للمالكية :

حيث ذهبوا الى أن للوكيل بالبيع أن يقبض الثمن ويسلم المبيع ما لم يكن هناك عرف لأن الوكيل بالبيع لا يفعل ذلك(٢) . جاء في البهجة : "ان من وكل على بيع مبيع فباعه فإن عليه أن يقبض ثمنه كما أن عليه أن يسلم المبيع إلا لعادة".(٣)

القول الثالث : للشافعية :

إن كان القبض شرطا لصحة العقد كالصرف والسلم فللوكيل ولاية القبض والاقباض ، وإن لم يكن شرطا كالبيع المطلق فيملك الوكيل بالبيع قبض الثمن إذا كان حالا وتسليم المبيع بعده إذا لم يمنعه الموكل ، لأن ذلك من حقوق العقد ومقتضياته فكان الإذن في البيع إذنا فيه دلالة ، فإن نهاه الموكل عن قبض الثمن أو تسليم المبيع أو كان الثمن مؤجلا فليس للوكيل شيء من ذلك.

جاء في مغني المحتاج : "الوكيل بالبيع له قبض الثمن الحال إن لم يمنعه الموكل من قبضه ، فإن كان كالصرف ونحوه فله القبض والإقباض قطعا ، أما لو كان الثمن مؤجلا ولو حل أو حالا ونهاه عن قبضه لم يملك قبضه قطعا".(٤)

القول الرابع للحنابلة :

أن للوكيل بالبيع تسليم المبيع لأن إطلاق الوكالة بالبيع يقتضي التسليم لكونه من

---

(١) الميرغناني: الهداية شرح بداية المبتدي ١٣٨/٣.
(٢) الدسوقي : حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٣٨١/٣.
(٣) التسولي: البهجة شرح التحفة ٣٩٩/١.
(٤) الشربيني : مغني المحتاج ٢٢٥/٢.

تمامه بخلاف قبض الثمن ، فليس للوكيل أن يقبضه لأن البائع قد يوكل في البيع من لا يأتمنه على الثمن.[1]

فليس للوكيل أن يقبضه لأن البائع قد يوكل بالبيع من لا يأتمنه على الثمن إلا لعادة تقضي بقبض الوكيل بالبيع أثمان المبيعات ، جاء في أعلام الموقعين : "ولو وكل غائبا أو حاضرا في بيع شيء والعرف قبض ثمنه ملك ذلك".[2]

الترجيح :

بعد استعراض أقوال العلماء أرى أن الراجح قول الحنابلة وذلك لأن البائع قد يوكل بالبيع من لا يأتمنه على قبض الثمن وذلك احتياطا لفساد الذمم والله أعلم.

المسألة الثانية : ولاية الوكيل بالخصومة في قبض الحق :

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين :

القول الأول : للحنفية[3] ، وقول للشافعية[4] :

إن للوكيل بالخصومة قبض الحق بعد اثباته ، لأنه لما وكله بالخصومة في مال فقد ائتمنه على قبضه ، والخصومة لا تنتهي إلا بالقبض، فكان التوكيل بها توكيلا بالقبض ، ولأن من ملك شيئا ملك إتمامه ، وإتمام الخصومة وانهاؤها بالقبض. جاء في المهذب : "يملك لأنه يتوصل بالتثبيت الى القبض فكان الإذن في القبض إذنا بالتثبيت"[5]

---

(١) البهوتي: كشاف القناع عن متن الاقناع ٣/٤٨٠.
(٢) ابن القيم: اعلام الموقعين عن رب العالمين ٢/٣٩٣.
(٣) المبرغناني: الهداية شرح بداية المبتدى ٣/١٥٠.
(٤) النووي : المجموع ٤/١١٤.
(٥) الشيرازي : المهذب ٢/١٦٧.

القول الثاني : للجمهور من الشافعية[١] ، والحنابلة[٢] ، وقول للحنفية[٣] :

إن الوكيل بالخصومة لا يكون وكيلا بالقبض ، ولا تثبت له ولايته ، لأن كل من يرتضى لتثبيت الحق قد لا يؤتمن على قبضه وقد يوثق به على الخصومة ولا يوثق به على المال ، والإذن في تثبيت الحق ليس إذنا في قبضه لا صريحا ولا دلالة ، فالاثبات لا يتضمن القبض ولا القبض من متعلقات الخصومة ، ولا من لوازمها والمطلوب منه بالخصومة الاهتداء ومن الوكيل بالقبض الامانة ، وليس كل من يهتدي الى شيء يؤتمن عليه بخلاف الوكيل بالبيع ، لأن القبض والاقباض وحقوق العقد ومقتضياته في البيع تعود للوكيل وقد أقامه مقام نفسه ، جاء في الهداية[٤] : "والفتوى على أن لا يملك لظهور الخيانة" والعرف بين الناس أنهم لا يرضون بقبض المتقاضي لظهور الخيانة في أموال الناس وغالبا ما يختار الانسان لتثبيت حقه ألد الناس خصومة وأكثرهم حيلة ودهاء وقد يكون أقل الناس دينا وحياء، بينما لا يختار الناس للقبض الا من هو أوفى أمانة وأكثرهم ورعا ، فمن يصلح للخصومة لا يصلح للقبض ، وتوكيله بالخصومة لا يدل على الرضا به للقبض. جاء في المغني : " وإن أذن له في تثبيت حق لم يملك قبضه".[٥]

الترجيح :

بعد استعراض أقوال العلماء أرى أن قول الجمهور من الشافعية والحنابلة هو الراجح للأسباب التالية :

أولا : لأن الإذن في تثبيت الحق ليس إذنا بالقبض نطقا أو عرفا ، والقبض ليس من قضايا الإثبات.

---

(١) النووي : المجموع شرح المهذب ١١٤/١٤

(٢) المرداوي: الانصاف ٣٩٣/٥.

(٣) الميداني على القدوري : اللباب في شرح الكتاب ١٥٠/٢.

(٤) الميرغناني : الهداية شرح بداية المبتدى ، ١٥٠/٣.

(٥) ابن قدامة : المغني والشرح الكبير ٢١٨/٥.

ثانياً : لقلة الدين وكثرة الخيانة ، إذ قد لا يؤتمن الوكيل بالخصومة على قبض المال ، جاء في البدائع : "أنهم قالوا لا يملك في عرف ديارنا لأن الناس لا يرضون بقبض المتقاضي كالوكلاء على أبواب القضاة لتهمة الخيانة في أموال الناس" والله أعلم.[1]

المسألة الثالثة : ولاية العدل[2] في قبض المرهون :

اختلف الفقهاء في ولاية العدل في قبض المرهون على قولين :

القول الاول : للجمهور من الحنفية[3] ، والمالكية[4] ، والشافعية[5] ، والحنابلة[6] :

حيث قالوا : "أن للعدل أن يقبض المرهون وقبضه بمنزلة قبض المرتهن لأنه وكيله ولا فرق ، لأن كلا من الراهن والمرتهن قد لا يثق بصاحبه فاحتيج الى العدل وكما يتولى العدل الحفظ يتولى القبض.

واستدلوا بقوله تعالى : ﴿فَرِهَانٌ مَقْبُوضَةٌ﴾[7] فالقبض ذكر مطلقا عن كل قيد ومقتضى الاطلاق صحة القبض من العدل وقياسا على سائر العقود لأنه قبض في عقد فجاز فيه التوكيل كسائر القبوض.

القول الثاني : لفريق من العلماء منهم قتادة[8] وابن أبي ليلى[9] وقول للحنفية[10] :

حيث ذهبوا الى أنه لا يجوز قبض العدل ولا يقوم مقام المرتهن. واستدلوا بما يلي:

---

(١) الكاساني: بدائع الصنائع ، ٦/٢٥.

(٢) العدل : من رضي الراهن والمرتهن بوضع الرهن في يده ، وسمي كذلك لعدالته. انظر : أمادي : مجمع الانهر ٢/٦٠٠.

(٣) الكاساني : بدائع الصنائع ٢/١٣٧.

(٤) ابن عبد البر : ابو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر القرطبي: الكافي في فقه اهل المدينة ، ٢/٣١٨ الناشر: مكتبة الرياض الحديثة ، الرياض : الطبعة الثانية ، ١٤٠٠هـ .

(٥) الخطيب النووي : مغني المحتاج ٢/١٣٣.

(٦) البهوتي: كشاف القناع عن متن الاقناع ، ٣/٣٣١.

(٧) سورة البقرة : آية ٢٨٣.

(٨) قتاده : (٦١-١١٨هـ) قتادة بن دعامة بن قتادة بن عزيز ابو الخطاب السدوسي البصري. مفسر وحافظ ، ضرير أكمه قال عنه أحمد : قتادة احفظ أهل البصرة. مات بواسط بالطاعون. انظر الاعلام للزركلي ٦/٢٧ ط٣.

(٩) ابن قدامة : المغني والشرح الكبير ٤/٣٨٧.

ابن ابي ليلى : (٧٤-١٤٨هـ) محمد بن عبد الرحمن بن ابي ليلى يسار -وقيل داود- بن بلال الانصاري الكوفي. قاض فقيه من أصحاب الرأي ولي القضاء والحكم في الكوفة لبني امية ثم لبني العباس ومات في الكوفة ٧/٦٠. انظر الاعلام للزركلي ط٣.

(١٠) داماد: مجمع الانهر في شرح ملتقى الأبحر ٢/٦٠٠.

أولاً : قوله تعالى : ﴿فَرِهَانٌ مَقْبُوضَةٌ﴾[1]. فقد ذكر القبض في الرهن مع ذكر المتداينين في السفر الى أجل عند عدم وجود الكاتب ، وقد بين الرسول صلى الله عليه وسلم أن القبض المعتبر في الرهن حين أقبض درعه الذي رهنه عند اليهودي، عن عائشة رضي الله عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم "**اشترى من يهودي طعاما إلى أجل ، ورهنه درعه**"[2] فيكون هذا هو القبض المعتبر شرعاً، وقبض غير المرتهن لم يرد به نص ولا اجماع فيكون باطلا.

ثانياً : والقبض من تمام العقد فيتعلق بأحد المتعاقدين كالايجاب والقبول ، والعدل ليس احد المتعاقدين فلا يكفي قبضه حينئذ.

ثالثا : إن العدل المذكور نائب عن الراهن وليس نائبا عن المرتهن بدليل أنه لو لحقه ضمان فالعدل يملكه عند الضمان بعد الاستحقاق فينعدم القبض كأن هلك الرهن في يده من غير تقصير فإنه يرجع به على الراهن لا على المرتهن ، والرهن لا يتم بقبض الراهن وان اتفقا عليه ، كذلك لا يتم بقبض العدل الذي هو نائب عنه.[3]

الترجيح :

بعد استعراض أقوال العلماء أرى أن الراجح هو ما ذهب اليه جمهور عامة العلماء للأسباب التالية :

أولاً : لقوة أدلتهم وسلامتها عن المعارضة.

ثانياً : لأنه يتفق مع يسر الشريعة تحقيقا لمصالح الناس وتلبية لحاجاتهم.

ثالثاً : إن أدلة المخالفين لم تسلم من الاعتراض وايراد المناقشات عليها.

---

(١) سورة البقرة : آية ٢٨٣.

(٢) الحديث أخرجه البخاري : صحيح البخاري مع الفتح ١٤٢/٥ ، كتاب الرهن ، باب من رهن درعه. رقم ٢٥٠٩.

(٣) داماد : مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر ٦٠٠/٢.

رابعاً : أن قول الجمهور أصح من جهة المعنى لأنه إذا صار عند العدل صار مقبوضاً لغة وحقيقة لأن العدل نائب عن صاحب الحق وبمنزلة الوكيل والله أعلم.(١)

الشرط الثالث : الإذن :

الإذن لغة : هو إطلاق الفعل والاباحة.(٢) **وعند الفقهاء :** هو ما يفيد اطلاق التصرف. جاء في التعريفات : "هو فك الحجر واطلاق التصرف لمن كان ممنوعا شرعا".(٣)

ويتم التعبير عن الإذن بوسائل متعددة منها اللفظ الصريح ، كقولك : أذنت لك بالقبض. ومنها الإذن بطريق الدلالة كأن يقبض الموهوب الهبة بحضرة الواهب فيسكت ولا ينهاه ، وأن يقبض المشتري المبيع بحضرة البائع فيسكت ولا ينهاه.(٤)

واختلف الفقهاء في اشتراط الإذن لصحة القبض على ثلاثة أقوال :

القول الأول : للحنفية(٥) ، والشافعية(٦) :

حيث ذهبوا الى التفريق بين ما إذا كان للمقبوض منه حق الحبس كالموهوب في يد الواهب والمبيع في يد البائع بثمن حال قبل نقد الثمن وكالمرهون في يد الراهن ، فيشترط في هذه الحالة الإذن في القبض ممن له الحق في حبسه ، لأنه لا يجوز اسقاط حقه بغير إذنه. وأما إذا لم يكن له حق الحبس ، كأن يكون الثمن مؤجلا قبل نقد ثمنه أو بعد نقد الثمن ، ففي هذه الحالة لا يشترط الإذن لصحة القبض فيصح القبض بدون إذنه ،

---

(١) الشوكاني: فتح القدير ٢٦١/١.
(٢) ابن منظور : لسان العرب ١٠/١٣ ، مادة أذن ، باب النون ، فصل الالف.
(٣) الجرجاني : الشريف الجرجاني : التعريفات ص١٥.
(٤) ابن نجيم : الأشباه والنظائر ص١٥٤، السيوطي : الأشباه والنظائر ص١٤٢ ، ابن قدامة : المغني والشرح الكبير ٣٧١/٤.
(٥) الكاساني : بدائع الصنائع ١٢٤/١٢٣.
(٦) الشربيني : مغني المحتاج ٧٣/٢ ، ٤٠٠/٢.

لأنه لا حق له في حبسه، ولتعلق حق غيره به وقد استحق قبضه فله قبضه سواء أذن أم لم يأذن المقبوض منه.

القول الثاني : للمالكية[1] :

حيث قالوا بعدم اشتراط الإذن لصحة القبض في العطايا كالهبة والصدقة والوقف لأنها خرجت عن ملكه بالقول. إلا أنهم اشترطوا الإذن لصحة قبض الرهن وذلك لقوة يد الراهن ببقاء ملكه في الرهن دون باقي العطايا ، فلا يملك المرتهن إسقاط حق الراهن بغير إذنه ، جاء في البهجة : "وحاز المرتهن الرهن حوزا تاما معاينة بموافقة الراهن وتخليه".[2]

القول الثالث : للحنابلة[3] :

اشترط الحنابلة الإذن لصحة القبض في الرهن وفي العطايا كالهبة والصدقة ، فإن قبض الموهوب له أو المرتهن بدون إذن الواهب والمتصدق والراهن يكون ذلك تعد منه ويفسد القبض ولم تترتب عليه أحكامه.

الترجيح :

بعد استعراض أقوال العلماء أرى أن الرأي الراجح هو عدم اشتراط الإذن للأسباب التالية :

أولاً : أنه إذا تم العقد بالإيجاب والقبول فيكون قد سلط على الشيء المستحق إقباضه بالإيجاب وهذا دليل رضائه بإقباضه للشيء المستحق وتسليطه عليه وإلا فلا فائدة

---

(١) الباجي : ابو الوليد سليمان بن خلف بن ايوب بن وارث الباجي ت(٤٩٤هـ) ، المنتقى شرح موطأ مالك ١٠٠/٦، الناشر : دار السعادة ، مصر ، الطبعة الاولى لسنة ١٣٣٢هـ.

(٢) التسولي : البهجة شرح التحفة ٣١٣/١.

(٣) البهوتي : كشاف القناع عن متن الاقناع ٣٣١/٣ ، ٣٠١/٤.

من ذلك ولا تؤتي العقود ثمارها ومقصودها إلا بالقبض ، ولكن يندب الاستئذان لما فيه من جبر الخواطر والله أعلم.

الشرط الرابع : أن لا يكون المقبوض حصة شائعة :

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين :

القول الأول : للحنفية[1] :

اشترط الحنفية لصحة القبض أن لا يكون المقبوض حصة شائعة ، لأن معنى القبض إثبات اليد والتمكن من التصرف في الشيء المقبوض ، ولا يتصور تحقق ذلك في الجزء الشائع وحده ، فسكنى بعض الدار شائعا ولبس بعض الثوب شائعا محال لا يتصور وإن قابضه لا يمكنه التصرف فيه ولو حازه كله وذلك لتعلق حق الشريك به.

القول الثاني : للجمهور من المالكية[2] ، والشافعية[3] ، والحنابلة[4] :

إن الشيوع لا ينافي صحة القبض عند الجمهور ، فلو كان القبض غير متحقق في الحصة الشائعة لعدم تمكن كل من الشريكين من التصرف بحصته لكان كل شريكين في ملك شائع غير قابضين له فيكون بالتالي مهملا ولا يد لأحد ، عليه وهذا الأمر ينكره الشرع والعيان فلا يتصور ، فالشرع جعل تصرفهما فيه تصرف الملاك في أملاكهم ولكنه يمكن أن يكون عند كل واحد منهما مدة يتفقان عليها أو يتنفعان به ويستغلانه جميعا فصح القبض في الحصة الشائعة. إلا أنهم اختلفوا في كيفية قبض الحصة الشائعة على مذهبين :

---

(١) الكاساني : بدائع الصنائع ١٢٠/٦ ، ١٣٨.

(٢) التاودي : ابو عبد الله محمد التاودي : حلى المعاصم لفكر بن عاصم ٣٣٤/٢ ، الناشر : دار الرشاد الحديث ، الدار البيضاء ، الطبعة لسنة ١٤١٢هـ ، مطبوع بهامش البهجة.

(٣) الشافعي : الأم ١٩٠/٣

(٤) ابن قدامة : المغني والشرح الكبير ٣٧٢/٤.

المذهب الأول : للشافعية[١] ، والحنابلة[٢] :

إن قبض الحصة الشائعة عندهم يكون بقبض الكل وما عدا حصته أمانة في يده لشريكه لأنه في قبضه للكل يتحقق معنى القبض وهو وضع اليد عليها والتمكن منها ، وإن كان الشيء يقبض بالتخلية كالعقار فلم يشترطوا لقبضه اذن شريكه ، جاء في الكشاف: "إن قبض عقار لا ينقل كنصف عقار لا يعتبر له إذن شريكه لأن قبضه تخليته وليس فيها تصرف"[٣] ، وجاء في مغني المحتاج : "ويقبض بتسليمه كله فيكون بالتخلية في غير المنقول... ولا يشترط إذن الشريك في القبض إلا فيما ينقل"[٤]. واشترطوا إذن الشريك في المنقول لأن قبضه يكون بنقله ولا يتأتى الا بنقل حصة شريكه مع حصته ولا يجوز التصرف في مال الغير بدون إذنه. جاء في الكشاف : "ويعتبر في قبض مشاع ينقل كنصف فرس إن شريكه لأن قبضه نقله".[٥]

المذهب الثاني : للمالكية[٦] :

فالقبض في الحصة الشائعة عند المالكية يكون بوضع اليد عليها كما كان صاحبها يضع يده عليها مع شريكه ، إلا أن المالكية استثنوا من ذلك المرهون إذا كان الرهن هو الشريك فاشترطوا لصحة القبض قبض الكل وذلك لئلا تجول يد الراهن وتجتمع مع يد المرتهن سواء أذن الراهن أم لم يأذن. بخلاف الهبة فإن كل من وهب جزءا من مال أو دار وتولى احتياز ذلك مع واهبه وشاركه في الإغتلال فهو قبض تام بخلاف الرهن حيث لو رهن شخص نصف داره شائعا لم يتم القبض إلا بقبض المرتهن لجميع الدار لئلا تجول يد الراهن فيها.

---

(١) الجمل : حاشية الجمل على المنهج ٦٨/٥-٦٩.
(٢) البهوتي : كشاف القناع عن متن الاقناع ٢٤٨/٣.
(٣) المرجع السابق ٢٤٨/٣.
(٤) الشربيني : مغني المحتاج ١٢٣/٢.
(٥) البهوتي : كشاف القناع عن متن الاقناع ٢٤٨/٣.
(٦) الدسوقي : حاشية الدسوقي والشرح الكبير ٢٣٥/٣.

أما إذا كان النصف غير المرهون لغير الراهن فيحصل القبض فيه بحلوله في حصة الراهن مع الشريك في السكنى والارتفاق. جاء في البهجة : "مع غير راهن ... حوزه أن يحل محل الراهن ... وإن كان مع من رهن فقبضه يكون لجميعه لئلا تجول يد الراهن فيه"[١].

الشرط الخامس : أن لا يكون المقبوض مشغولا بحق غيره :

اختلف الفقهاء في ذلك على ثلاثة أقوال :

القول الأول : الحنفية[٢] ، والشافعية[٣] :

اشترط الحنفية والشافعية أن لا يكون المقبوض مشغولا بحق غيره كدار مشغولة بمتاع غير المشتري فلا يصح القبض حتى يسلمها فارغة ، أما إذا كان شاغلا كالحنطة المبيعة في جوالق البائع فلا يمنع ذلك صحة القبض. جاء في حاشية الدر : "أن يكون مفرزا غير مشغول بحق غيره فلو كان المبيع شاغلا كالحنطة في جوالق البائع لم يمنعه"[٤]. وجاء في الجمل : "وتفريغه من متاع غيره للعرف".[٥]

وللحنفية[٦] في ذلك تفصيل فاشترطوا أن يكون المقبوض متميزا منفصلا عن حق الغير فإن كان متصلا بحق الغير اتصال خلقة فذلك مانع لصحة القبض كالأرض بدون البناء أو العكس لم يصح القبض ، ولو سلم الكل لأنه متصل بغيره اتصال الاجزاء فيمنع من التمكن فيه ويحول دونه فلا بد من فصله إن أمكن ذلك ، أما إذا كان متصلا به اتصال مجاورة كالسفينة فيها متاع الغير فشرط الحنفية هنا أن لا يكون المقبوض مشغولا بغيره.

---

(١) التسولي : البهجة شرح التحفة ٣٣٤/١.
(٢) نظام وجماعة علماء الهند : الفتاوي الهندية ١٧/٣.
(٣) النووي : المجموع شرح المهذب ٢٧٦/٩.
(٤) الحصفكي : علاء الدين الحصفكي : الدر المختار شرح تنوير البصار ٥٦٢/٤. مطبوع بحاشية بن عابدين.
(٥) الجمل : حاشية الجمل على شرح المنهج ٥٤٢/٤.
(٦) الكاساني : بدائع الصنائع ١٢٥/٦ ، نظام وجماعة علماء الهند : الفتاوي الهندية ١٧/٣.

القول الثاني : المالكية[1] ، والحنابلة[2] :

ذهب المالكية والحنابلة الى صحة قبض المستحق اقباضه المشغول بحق غيره، فلو خلى البائع بين الدار والمشتري وفيها متاع البائع صح القبض لأن الاتصال بملك البائع لا يمنع القبض. إلا أن المالكية استثنوا من ذلك دار السكنى فاشترطوا اخلاءها من الامتعة ، جاء في الشرح الكبير : "فإن قبضها بالاخلاء ولا يكفي التخلية"[3] ، وجاء في المغني : "إن خلى بينه وبينها وفيها قماش للراهن صح التسليم كالثمرة في الشجرة".[4]

التزجيح :

بعد استعراض أقوال العلماء أرى أن الراجح هو : أن وجود الشيء المراد اقباضه مشغولا بحق غيره غير مانع من صحة القبض ، وذلك لأن حق الغير يكون بيد المشتري أمانة ، فإن اعتبر مؤثرا على مصالح المشتري في الانتفاع فله اجبار صاحب الحق على إخلائه والله أعلم.

الشرط السادس : أن يكون المقبوض محلا للقبض :

فلو وهب ما في بطن غنمه ، او ضرعها ، او زيتا في زيتون ، او دقيقا في حنطة، لم يجز القبض وإن سلطه على قبضه عند الولادة ، او عند استخراج ذلك.[5]

---

(١) الخرشي : حاشية الخرشي على مختصر سيدي خليل ١٥٨/٥.

(٢) ابن قدامة : المغني والشرح الكبير ٣٧٢/٤.

(٣) الدردير : الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ١٤٥/٣.

(٤) ابن قدامة : المغني والشرح الكبير ٣٧٢/٤.

(٥) الزرقاء : شرح القواعد الفقهية قاعدة ٥٦ ، ص٣٠٠.

المبحث الثاني

أثر اشتراط القبض في العقود

العقد في الشريعة الاسلامية يتم وتثبت أحكامه بمجرد الايجاب والقبول ، إلا أن طائفة من العقود لا تعد تامة ، إلا إذا حصل تسليم العين المعقود عليها ، ولا يكفي فيها الايجاب والقبول ، حيث دلت نصوص الشريعة الاسلامية ، وقواعدها العامة ، على اشتراط القبض فيها ، وإن كان هذا الاشتراط يختلف في مداه بين عقد وآخر ، وبين مذهب وآخر ، فتارة يكون القبض شرطا لنقل ملكية المحل المعقود عليه واستقراره ، وتارة يكون شرطا لصحة العقد ، بحيث يبطل العقد إذا تم التفرق قبل التقابض ، وتارة يكون شرطا للزوم العقد.

المطلب الأول

العقود التي يشترط القبض فيها لنقل الملكية واستقرارها

العقد الأول : الهبة :

الهبة لغة : التبرع والعطية الخالية من الاعواض والأعراض[١]. **واصطلاحا** : هي التمليك بلا عوض حال الحياة[٢] ، وهي مستحبة ومندوبة والأصل فيها الكتاب والسنة والاجماع ، أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿**وتعانوا على البر والتقوى**﴾ [٣] والهبة بر ، ومن السنة قوله عليه الصلاة والسلام :" **تهادوا تحابوا**"[٤] فهو مندوب اليه محثوث عليه ، ونقل الاجماع على استحباب الهبة بأنواعها° وقوله أيضا واختلف الفقهاء في مدى اشتراط القبض لنقل الملكية في العين الموهوبة الى الموهوب له ولزومها على قولين:

القول الأول : لجمهور الفقهاء من الحنفية[٦] ، والشافعية[٧] ، ورواية عند الحنابلة[٨] خاصة في المكيل والموزون :

قال جمهور العلماء : إنه يشترط القبض لنقل ملكية العين الموهوبة الى الموهوب له ولزومها ، واشترطوا لذلك أن يكون القبض بإذن الواهب ، إلا أن الحنفية[٩] قالوا : لا

---

(١) الزيات : المعجم الوسيط ١٠٥٩/٢ ، مادة وهب.

(٢) ابن قدامة : المغني والشرح الكبير ٢٤٦/٦.

(٣) المائدة : آية(٢).

(٤) الحديث رواه البخاري في الأدب المفرد ص٤٩٥.

(٥) الشوكاني : نيل الأوطار ٣٩٠/٥ ، الشربيني : الاقناع ٣٢/٢، ابن قدامة : المغني ٢٤٦/٦.

(٦) داماد : مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر ٣٦٢/٢.

(٧) الرافعي : العزيز شرح الوجيز ٣١٩/٦.

(٨) الفتوحي : منتهى الارادات ٢٣/٢.

(٩) الكاساني : بدائع الصنائع ١٢٧/٦.

تلزم الهبة بالقبض إلا إذا كانت لأصول الواهب أو فروعه أو كانت بين الزوجين أو لذي رحم محرم ، جاء في البدائع : "وللواهب أن يرجع في هبته وإنما يثبت اللزوم ويمتنع الرجوع بأسباب عارضة"[١] ، كهلاك الموهوب له والزيادة المتصلة بالموهوب والعوض وما في معنى العوض كصلة الرحم المحرم والزوجية ، ويكون للواهب قبل القبض الرجوع فيها وتبطل بموت الواهب أو الموهوب له قبل القبض. وقال الشافعية[٢] إن للأب الرجوع في هبته لولده سواء أكان ذلك بعد القبض أم قبله ، وكذلك لسائر الأصول على المشهور عندهم. للحديث الشريف "**لا يحل لرجل أن يعطي عطية وأن يهب هبة فيرجع فيها إلا الوالد فيما يعطي ولده**".[٣] واختلف الفقهاء في حكم العقد إذا مات الواهب أو الموهوب له قبل قبضها ، فالحنفية[٤] قالوا : تبطل الهبة بموت الواهب أو الموهوب له قبل القبض. وعند المالكية[٥] : تبطل الهبة إذا مات الواهب قبل القبض وتكون ميراثا ، ولا تبطل بموت الموهوب له وللورثة المطالبة بها لأنها صارت حقا لمورثهم قبل موته وهذا الحق انتقل اليهم. وعند الشافعية[٦] : لا ينفسخ العقد إذا مات الموهوب له أو الواهب لأن العقد يؤول الى اللزوم ويقوم الوارث مقام مورثه. وعند الحنابلة[٧] : يبطل العقد إذا مات

---

(١) داماد : مجمع الانهر شرح ملتقى الابحر ٣٥٩/٢.
(٢) الشربيني : مغني المحتاج ٤٠١/٢.
(٣) الحديث أخرجه الترمذي : سنن الترمذي ٥٩٢/٣ كتاب البيوع ، باب ما جاء في الرجوع في الهبة ، رقم الحديث ١٢٩٨. وقال : حسن صحيح ، وأخرجه الحاكم : المستدرك ٤٦/٢، كتاب البيوع ، وقال : صحيح الاسناد ولا أعلم خلافا في عدالة عمرو بن شعيب ، إنما الاختلاف في سماع ابيه من جده ، وأخرجه ابن حبان وصححه. انظر : نيل الاوطار ١٢/٦.
أخرجه أصحاب السنن الأربعة ، وقال الترمذي حسن صحيح ، وقال الحاكم صحيح الاسناد لا نعلم خلافا في عدالة عمرو بن شعيب، إنما اختلفوا في سماع ابيه من جده ، اخبرنا ابن جريج عن الحسن عن طاووس عن النبي صلى الله عليه وسلم مرسلا ، انظر نصب الراية للزيلعي ١٢٤/٤.
(٤) داماد : مجمع الانهر شرح ملتقى الابحر ٣٦١/٢.
(٥) الدسوقي : حاشية الدسوقي والشرح الكبير ١٠٢/٤.
(٦) الشيرازي: المهذب ٣٣٤/٢.
(٧) ابن قدامه : موفق الدين بن عبد الله بن قدامى المقدسي: الكافي في فقه الامام احمد ٢٦٠/٢ ، الطبعة الاولى ١٤١٤هـ/١٩٩٤ ، الناشر : دار الكتب العلمية-بيروت.

الموهوب له قبل القبض ، ولا يبطل العقد إذا مات الواهب قبل القبض ، ويقوم وارثه مقامه في الاقباض او الرجوع في الهبة.

واستدلوا على اشتراط القبض لنقل الملك في العين الموهوبة ولزومها بما يلي:

أولا : السنة النبوية الشريفة :

١. عن النبي صلى الله عليه وسلم قال "**لا تجوز الهبة إلا مقبوضة**".(١) والمراد هنا نفي الملك قبل القبض لا نفي الجواز ، فلا يترتب على العقد الآثار إلا بعد القبض .

٢. وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه أهدى الى النجاشي ملك الحبشة أواقا من مسك ثم قال لام سلمة(٢): "**أني لأراه يموت قبل أن تصل إليه وإني لأرى الهدية التي اهديت اليه إلا سترد فاذا ردت الي فهي لك". فكان كما قال.**(٣)

ثانيا : الآثار عن الصحابة :

١. عن عائشة أم المؤمنين رضي الله عنها: " لما حضرت ابا بكر الوفاة قال: أي بنية! ليس احد احب الي غنى منك ولا اعز علي فقرا منك واني كنت قد نحلتك جداد عشرين وسقا من ارضي التي بالغابة وانك لو كنت أحرزتيه كان لك فاذ لم تفعلي فإنما هو للوارث ..... فاقتسموه على كتاب الله تعالى ...."(٤)

---

(١) الزيلعي : جمال الدين ابو محمد عبد الله بن يوسف الحنفي الزيلعي ت(٧٢٦هـ) : نصب الراية لأحاديث الهداية ١٢١/٤، الناشر : دار الحديث-القاهرة ، وقال عنه غريب ورواه عبد الرزاق من قول النخعي.

(٢) أم سلمة : من أمهات المؤمنين : هند بنت ابي امية واختلف في اسم ابيها ، مهاجرة جليلة ذات رأي وعقل وكمال وجمال هاجرة الى الحبشة والمدينة ولما مات زوجها تزوجها رسول الله صلى الله عليه وسلم وروت عنه في الصحيحين ٢٩ حديثا. انظر : أعلام النساء لرضا كحالة ٢٢١/٥. الناشر : مكتبة الرسالة الطبعة الرابعة لسنة ١٤٠٢.

(٣) الحديث اخرجه الحاكم : المستدرك ، كتاب البيوع ١٨٨/٢.
رواه أحمد ، وأخرجه الطبراني ، وفي اسناده مسلم الزنجي ، ووثقه ابن معين ، وضعفه جماعة ، وبقية رجاله رجال الصحيح. انظر نيل الاوطار ٣٨٩/٥.

(٤) اخرجه مالك : الموطأ ٧٥٢/٢ ، كتاب الأغضية ، باب ما لا يجوز من النحل ، الناشر : دار احياء التراث العربي- بيروت ، الطبعة لسنة ١٤٠٦هـ ، والبيهقي : سنن البيهقي ١٧٠/٦، كتاب الوقف ، باب شرط القبض في الهبة.
رواه مالك من طريق بن شهاب عن عروة عن عائشة ، وروى البيهقي من طريق بن وهب عن مالك وغيره عن بن شهاب. انظر نيل الأوطار ٣٩٢/٥.

فلولا توقف الملك على القبض في العين الموهوبة لما قال انه مال وارث .

٢. روي عن عمر بن الخطاب انه قال :" ما بال اقوام ينحلون أبناءهم فإذا مات الابن قال الأب مالي وفي يدي ، وإذا مات الأب قال: قد كنت نحلت ابني كذا وكذا ، لا نحل إلا لمن حازه وقبضه عن أبيه ".(١)

٣. وروي عن عثمان رضي الله عنه انه قال : "نظرنا في هذه النحول فرأينا أن أحق من يحوز على الصبي ابوه"(٢). فكل هذه الآثار تدل على ان السلف الصالح قد شاع بينهم هذا الحكم حتى اصبح مجمعا عليه ولم يعرف لهم مخالف فاعتبروا لجواز النحلة القسمة والقبض ، وذلك بحضور الصحابة من غير إنكار أحد فيكون اجماعا.

ثالثا : ان انتفاء العوض في الهبة يضعف سببية العقد لإضافة الملك للموهوب ، لأجل ذلك يتأخر الملك الى ان يتقوى العقد بالقبض. ولأنها عقد تبرع فلو لزمت بدون القبض لكان للموهوب له ولاية المطالبة بالتسليم من الواهب فتصير عقد ضمان وفي هذا تغيير للمشروع.

القول الثاني : للمالكية(٣) ، وللشافعية في القديم(٤) ، ورواية عند الحنابلة في غير المكيل والموزون(٥) :

إن الملك ينتقل في الموهوب للموهوب له بمجرد العقد ، أي بالايجاب والقبول حتى انه اذا امتنع الواهب عن التسليم اجبر على ذلك.

---

(١) رواه البيهقي : السنن الكبرى ١٧٠/٦ ، كتاب الوقف ، باب شرط القبض في الهبة ، ومالك : الموطأ ٧٥٣/٢ ، وعبد الرزاق : ابو بكر بن همام الصنعاني : المصنف ١٠٢/٩. رقم ١٦٥٠٧ ، الناشر : توزيع المكتب الاسلامي الطبعة الاولى لسنة ١٣٩٢هـ ، تحقيق الأعظمي.

(٢) رواه البيهقي : السنن الكبرى ١٧٠/٦ ، كتاب الوقف ، باب يقبض للطفل ابوه ، عبد الرزاق : المصنف ١٠٣/٩ ، مالك : الموطأ ٧٧١/٢ ، كتاب الوصية باب ما يجوز من النحل

(٣) ابن جزي : القوانين الفقهية ٣١٦.

(٤) الحصيني : ابو بكر بن محمد بن الحصيني الدمشقي ت(٨٢٩هـ) : كفاية الاخيار ص٣٠٩ ، الناشر : دار الخير ، الطبعة الاولى لسنة ١٤١٤هـ.

(٥) ابن قدامة : المغني والشرح الكبير ٢٥١/٦.

واستدلوا على ذلك بما يلي :

اولا : القرآن الكريم :

١. قال تعالى : ﴿**يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود**﴾[١] ، الهبة أحد أنواع العقود والقبض هو الوفاء بها فلو لم تكن الهبة صحيحة قبل القبض لما أمر بالوفاء بها.

ثانيا : الاحاديث الدالة على حرمة الرجوع عن الهبة منها :

١.وقوله صلى الله عليه وسلم :"**العائد في هبته كالعائد في قيئه**".[٢]

٢.قوله صلى الله عليه وسلم " **ليس لنا مثل السوء الذي يعود في هبته كالكلب يرجع في قيئه**".[٣]

وجه الدلالة في هذه الأحاديث على حرمة الرجوع في الهبة أن القيء محرم ولا يجوز أكله وكذلك الهبة لا يجوز الرجوع فيها ، قال الحافظ : لعل هذا أبلغ في الزجر وأدل على التحريم.

وعقد البخاري له بابا سماه (باب لا يحل لأحد ان يرجع في هبته وصدقته) وقال ابن حجر : كذا بت الحكم في هذه المسألة لقوة الدليل عنده فيها ، وهذه الأحاديث وردت مطلقه وليس فيها ذكر للقبض فتبقى على اطلاقها ، فتكون الهبة ملزمة بمجرد العقد دون الحاجة إلى القبض .

ثالثا : الآثار الواردة عن الصحابة والتابعين كابن مسعود[٤] وعلي حيث كانا يجيزان الصدقة وإن لم تقبض.[٥]

---

(١) سورة المائدة : آية (١).

(٢) رواه البخاري : صحيح البخاري مع الفتح ٢٣٤/٥. كتاب الهبة ، باب لا يحل لأحد أن يرجع في هبته وصدقته، رقم الحديث ٢٦٢١، ومسلم : صحيح مسلم ١٢٣٩/٣، كتاب الهبات ، باب كاهة شراء الانسان ما تصدق به ممن تصدق عليه وزاد في روايته كالكل. رقم الحديث ١٦٢٠.

(٣) رواه البخاري : صحيح البخاري مع الفتح ٢٣٥/٥. كتاب الهبة ، باب لا يحل لأحد أن يرجع في هبته وصدقته، رقم الحديث ٢٦٢٢.

(٤) ابن مسعود : عبد الله بن مسعود بن غافل بن حبيب الهذلي ابو عبد الله من أكابر الصحابة والسابقين للاسلام وأول من جهر بالقرآن بمكة ، له ٨٤٨ حديث وتوفي في المدينة سنة ٣٢هـ. انظر الاعلام للزركلي الطبعة الخامسة.

(٥) عبد الرزاق : المصنف ١٢١/٩.

رابعا : القياس :

قاسوا الهبة والصدقة على الوصية ، والوقف ، بجامع انهما تبرع ، فلا يعتبر فيه القبض ، ولأنه إزالة ملك بغير عوض فلزم بمجرد العقد كالعتق.

وقياسا على البيع لان الهبة من عقود التمليك وان كانت بدون مقابل ، ولذلك كان منها ما يلزم قبل القبض ، ومنها ما لا يلزم قبل القبض ، كالبيع ففيه أيضا ما يلزم قبل القبض ، وما لا يلزم قبل القبض كالصرف وبيع الأموال الربوية.

الترجيح:

بعد استعراض أقوال العلماء أرى أن الراجح قول الجمهور بأنها تنعقد بالايجاب والقبول ولا تنتقل ملكيتها ولا تلزم الا بالقبض باستثناء هبة الوالد لولده حيث له حق الرجوع حتى بعد القبض عندهم الا إذا استهلكت أو تغيرت لأن ما استدل به غير المشترطين من قياس هو قياس مع الفارق ، فالهبة عقد تبرع واحسان دون ان يقابله الزام من الطرف الاخر ، وعقد البيع عقد معاوضة ينطوي على التزام بين طرفيه فافترقا وكذلك الوصية تمليك بعد الموت فتلزم بعد الموت لانتهاء احتمال الرجوع بالموت فالهبة مثل الوصية قبل الموت في عدم اللزوم والله أعلم.

العقد الثاني : القرض :

القرض لغة[١] : القطع ، **واصطلاحا** : وهو "عقد مخصوص يرد على دفع مال مثلي لآخر ليرد مثله"[٢]. وهو عقد ارفاق يدخل فيه الرفق على المستقرض وهو جائز غير لازم ، وثبتت مشروعيته بالسنة والاجماع ، أما السنة فقوله عليه والصلاة والسلام **"من نفس عن مؤمن كربة من كرب الدنيا ، نفس الله عنه بها كربة من كرب يوم**

(١) الزيات : المعجم الوسيط ٢/٧٢٦، مادة قرض.
(٢) ابن عابدين : حاشية رد المحتار على الدر المختار ٥/١٦١.

القيامة"[1] وأجمع المسلمون على جواز القرض وأنه مندوب اليه وقد يعرض له ما يحرمه أو يوجبه أو يكرهه[2] واختلف الفقهاء في مدى اشتراط نقل الملكية بالقبض على ثلاثة اقوال :

القول الاول : للجمهور من الحنفية[3] ، والشافعية[4] ، والحنابلة[5] :

اشترط الجمهور القبض لنقل ملكية القرض إلى المستقرض وعند الحنابلة اشترط القبض للزومه أيضا لأنه عقد يقف التصرف فيه على القبض ولا يملك المقرض استرجاعه[6]. واستدل الجمهور على ذلك بما يلي:

أولا : أن الاسم دليل عليه فالقرض في اللغة القطع فدل على انقطاع ملك المقرض بنفس التسليم وأن المستقرض بنفس القبض صار له الحق في التصرف في القرض من غير اذن المقرض بسائر التصرفات من بيع وهبة ونحو ذلك لأنه عقد يقف التصرف فيه علي القبض ، فإذا تصرف فيه نفذ تصرفه بدون توقف على اجارة المقرض وهذه التصرفات من امارات الملك إذ لو لم يملكه لما جاز له التصرف فيه.

ثانيا : والقرض عقد اجتمع فيه جانب المعاوضة وجانب التبرع ، أما التبرع فلأنه ينطوي على تبرع من المقرض للمستقرض بالانتفاع بالمال المستقرض بسائر التصرفات وأما المعاوضة فلأن المستقرض يجب عليه رد بدل مماثل عوضا عما استقرضه غير أن جانب التبرع أرجح في هذا العقد لأنه بذل منافع المال مجانا للمستقرض

(١) أخرجه مسلم : صحيح مسلم ١٩٩٦/٤، كتاب البر ، باب تحريم الظلم.
(٢) ابن قدامة : المغني ٣٥٢/٤ ، الأبي : جواهر الاكليل ١١٣/٢ ، الجمل : حاشية الجمل ٤٨/٥.
(٣) ابن عابدين : رد المحتار على حاشية الدر المختار ١٦٤/٥.
(٤) الشربيني : مغني المحتاج ١٢٠/٢.
(٥) ابو البركات : مجد الدين ابو البركات : المحرر : ٣٣٤/١ ، الناشر : مكتبة المعارف الرياض ، الطبعة الثانية لسنة ١٤٠٤هـ ، البهوتي : الكشاف ٣١٢/٣-٣١٤.
(٦) عند الحنابلة بعد لزوم القرض بالقبض لا يملك المقرض استرجاع عينه لأنه زال ملكه بعوض من غير خيار فلم يكن فيه الرجوع فيه كالمبيع ، أما المقترض فله رد ما اقترضه إذا كان على صفته وإلا رد مثله. انظر ابن قدامة المغني ٣٥٤/٤.وقال الشافعية يملك الاسترجاع له لأن كل ما يملك المطالبة بمثله ملك أخذه إذا كان موجودا كالمغصوب ، انظر المهذب ٨٣/٢.

دون أن يقابله عوض في الحال ولا يملكه من لا يملك التبرع فكان كسائر التبرعات تنتقل فيه الملكية بالقبض لا بمجرد العقد ولا بالتصرف.[1]

ثالثا : قاسوا القرض على الهبة ، فالملك يحصل فيها بالقبض فمن باب أولى أن يحصل الملك في القرض بالقبض لأن للعوض مدخلا.[2]

القول الثاني : للمالكية[3] :

إن المقترض يملك القرض ملكا تاما ويلزم بالعقد ، وإن لم يقبض العين المقرضة لكن لا يتم الملك الا بالحيازة ، جاء في البهجة : "أن القرض يوجد ويلزم بلا دفع لأنه يلزم بالقول".[4] وحجتهم أن التراضي هو المناط في نقل ملكية الأموال من بعض العباد الى بعض. وبناء على ما سبق فإنه إذا هلكت العين بعد ، العقد وقبل القبض ، فإن ضمانها على المقرض عند الجمهور لبقاء ملكيته عليه ولم يملكها المقترض ، فلا تشغل ذمته بعوضها أصلا وعند المالكية يكون ضمانها على المقترض وعليه بدلها لأنها هلكت في ملكه.

القول الثالث : لأبي يوسف من الحنفية[5] ، وقول للشافعية[6] :

إن المقترض يملك المال المقرض بالتصرف ، فإذا تصرف فيه تبين ثبوت ملكه قبله ، والمراد بالتصرف هو كل عمل يزيل الملك كالبيع ، والهبة ، والإتلاف ، لأنه ليس بتبرع محض إذ يجب فيه البدل ولا هو على حقائق المعاوضات فوجب أن يكون تملكه بعد استقرار بدله ، وعلى ذلك إذا استقرض شخص من رجل كرا من حنطة وقبضه ، ثم

---

(١) الكاساني : بدائع الصنائع ٣٩٦/٧ ، وانظر نزيه حماد ، القرض ص٤٣..، الناشر : دار القلم دمشق ط١ ، ١٤١١.

(٢) الرافعي : العزيز شرح الوجيز ٤٣٥/٤.

(٣) الدسوقي : حاشية الدسوقي علىالشرح الكبير ٢٢٦/٣.

(٤) التسولي : البهجة شرح التحفة ٥٤٢/٢.

(٥) الحصفكي : الدر المختار شرح تنوير الأبصار ١٦٤/٥.

(٦) النووي : روضة الطالبين ٢٧٧/٣.

اشترى ذلك الكر بعينه من المقرض فإنه لا يجوز –على قول الجمهور– لأن المقترض ملكه بنفس القبض فيصير مشتريا لملك نفسه ، أما على القول الآخر فيصح الشراء ويصير مشتريا ملك غيره.

الترجيح :

بعد استعراض أقوال العلماء أرى أن الراجح هو قول الجمهور أن الملك في القرض لا ينتقل الا بالقبض ، للأسباب التالية :

أولا : لأنه عقد ينطوي على جانب تبرع ، وجانب معاوضة ، وثمرة العقد ومقصوده هي التبرع بدون مقابل في الحال لأنه لا يملكه من لا يملك التبرع ولا يقابله عوض في الحال فكان جانب التبرع أقوى من جانب المعاوضة كباقي التبرعات فتنتقل الملكية فيه بالقبض لا بالعقد ولا بالتصرف.

ثانيا : أن الملك فيه لا ينتقل بالتصرف لأن التصرف فرع الملك فيمتنع كونه شرطا لما يلزم من ذلك الدور والله أعلم.

العقد الثالث : العارية :

أ. **العارية لغة**[1] : التداول ، **واصطلاحا** : إباحة الانتفاع بعين من أعيان المال.[2]

وهي مستحبة ثبتت مشروعيتها في الكتاب والسنة والاجماع ، أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿**ويمنعون الماعون**﴾[3] ، والماعون العواري كالقدر والميزان والدلو والابرة وكل ما يستعيره الجيران من بعضهم البعض. ومن السنة أن النبي صلى الله عليه وسلم وسلم

---

(١) الفيومي : المصباح المنير ٨٨/٢، مادة عور.

(٢) ابن قدامة : المغني والشرح الكبير ٣٥٤/٥.

(٣) الماعون : آية (٧).

استعار من صفوان بن أمية[١] أدرعا يوم حنين فقال : أغصبا يا محمد ؟ قال : "**بل عارية مضمونة**" ، وفي رواية أعارية مؤداة ؟ قال: **نعم عارية مؤداة.**[٢]

وأجمع المسلمون على جواز العارية واستحبابها ، فهي مندوب اليها وليست واجبة في أكثر أهل العلم.[٣] واختلف العلماء في اشتراط القبض لنقل الملكية في العارية ، على ثلاثة أقوال :

القول الأول : للحنفية[٤] :

يشترط القبض لانتقال منافع العين المعارة الى ملك المستعير ، لأن الإعارة تبرع بتمليك منافع الشيء المعار ، فلا يثبت حكمها الا بالقبض كالهبة ، لذلك له الرجوع فيها متى شاء ، لأنها تحدث شيئا فشيئا ، فالتمليك لم يوجد ما لم يتصل به القبض فيصح الرجوع عنها.

القول الثاني : للمالكية[٥] :

تملك منفعة المعار بمجرد العقد وإن لم يقبض المستعير ، فليس للمعير استرجاع العارية قبل الانتفاع بها ، وإن كانت إلى أجل فبعد انتهاء الأجل ، وإن لم يحدد أجل ،

---

(١) الجمحي : صفوان ابن امية بن خلف بن وهب الجمحي المكي ، صحابي فصيح ، من أشراف قريش في الجاهلية والاسلام ، وأسلم بعد الفتح ، وكان من المؤلفة قلوبهم ، وشهد اليرموك ، مات بمكة ، وله ١٣ حديثا في كتب الحديث. انظر الاعلام للزركلي ٢/٢٠٥ ، الطبعة الخامسة.

(٢) الحديث أخرجه أبو داود : سنن ابي داود ٣/٢٩٦ ، كتاب البيوع ، باب تضمين العارية ، رقم الحديث (٣٥٦٢) ، والبيهقي : السنن الكبرى ٦/٨٩، كتاب العارية ، باب العارية مضمونة ، وقواه ، وأخرجه الترمذي : سنن الترمذي ٣/٥٦٥ ، كتاب البيوع ، باب ما جاء في أن العارية مؤداه ، رقم الحديث (١٢٦٥) ، وقال عنه حسن صحيح ، والحاكم: المستدرك ٢/٤٧، كتاب البيوع ، وقال : صحيح على شرط مسلم ، قال : في التلخيص روي مرسلا ، وأعل ابن حزم ، وابن القطان طرق هذا الحديث ، وقال ابن حزم : احسن ما فيها رواية يعلى بن امية. انظر الزيلعي: التلخيص ٣/٦٠، وفي الجوهر النقي : أن هذا الحديث اضطرب متنا ، وسندا والاضطراب فيه كثير ٦/٩٠.

(٣) ابن قدامة : المغني ٥/٣٥٤ ، الشربيني : الاقناع ١/٣٠٤.

(٤) الميرغناني : الهداية ٣/٢٢٠.

(٥) الدردير : الشرح الكبير بحاشية الدسوقي ٣/٤٣٩.

فالعادة محكمة ، فهم يصوغون الرجوع في العارية المطلقة ويمنعونها في العارية المقيدة بالشرط أو العادة أو العرف.

القول الثالث : للشافعية(١) ، والحنابلة(٢) :

لا ينتقل الملك الى المستعير في المنافع المعارة لا بالقبض ولا بغيره لأن العارية عندهم إباحة الانتفاع بالعين المعارة لا تمليكها ، فلا تنتقل فيها المنافع أصلا ، لأنها ليست تمليك المنافع ، جاء في المغني : "وفي العارية لم يملكها ، وإنما ملك استيفائها على وجه ما أوذن له".(٣)

الترجيح :

بعد استعراض آراء الفقهاء أرى أن الراجح قول الحنفية بأنها تملك بالقبض ، لأنها تبرع بتمليك المنفعة ، فلا تملك إلا بالقبض كسائر التبرعات ، وقبض العين يقوم مقام قبض المنفعة ، والله أعلم.

العقد الرابع : المعاوضات الفاسدة :(٤)

اختلف الفقهاء في كون القبض ناقلا للملكية في عقود المعاوضات الفاسدة أم غير ناقل على قولين :

---

(١) الرملي : نهاية المحتاج ١٢٠/٥.

(٢) ابن قدامة : المغنى والشرح الكبير ٣٦١/٥.

(٣) ابن قدامة : المغني ٣٦١/٥.

(٤) المعاوضة لغة : العوض والبدل الذي يبذل في مقابلة غيره ، واصطلاحا المبادلة بين عوضين، انظر معجم المصطلحات الفقهية ٣١١/٣ ، والفاسد هو الصحيح بأصله لا بوصفه إذا كان مشروعا في نفسه ، فاسد المعنى من وجه لملازمة ما ليس بمشروع اياه بحكم الحال مع تصور الانفصالي في الجملة كالبيع وقت النداء للجمعة ، انظر الشرباصي: احمد شرباصي : المعجم الاقتصادي الاسلامي ٣٠٦ ، الناشر : دار الجليل الطبعة ٣٠١.

القول الأول : للحنفية[١] :

إن الملكية في العقد الفاسد تنتقل بقبضه برضا صاحبة ، جاء في المبسوط : "ينعقد موجبا للملك إذا اتصل به القبض"[٢] ويكون مضمونا على القابض بقيمته يوم قبضه ، لأنه مبادلة مال بمال إذا قبضه بإذن البائع أفاد الملك ، ولكنه لا يحل له أكله ولا لبسه لأنه حرام خبيث ، ولا يحل له كذلك التصرف فيه بل يجب عليه رده وضمانه، واستدلوا بحديث بريرة[٣] "... **فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم اشتريها فاعتقيها ، فإنما الولاء[٤] لمن أعتق** .... "[٥] حيث أجاز النبي صلى الله عليه وسلم العتق مع أن البيع فاسد، لاشتراط أهلها في عقد البيع ولاءها لهم ، وهذا الشرط باطل فالولاء لمن أعتق بإجماع المسلمين ، فأجاز النبي صلى الله عليه وسلم البيع وأبطل الشرط.

القول الثاني:للجمهور من المالكية[٦] ، والشافعية[٧] ، والحنابلة[٨] ، والظاهرية[٩] :

لم يفرق الجمهور بين العقد الباطل والفاسد ، فكلاهما باطل عندهم ، حيث لا ينعقد أصلا و لا يفيد الملك سواء قبضه أم لم يقبضه لأنه مقبوض بعقد فاسد والفاسد هو ما لم يكن مشروعا لا بأصله ولابوصفه ، كما لو كان الثمن ميتة أو دما فلا يملكه ، وحديث

---

(١) العيني : البناية شرح على الهداية ٦/٣٧٤-٣٧٦.
(٢) السرخسي : المبسوط ٣/٢٢.
(٣) بريرة : بَريرة بنت صفوان ، مولاة عائشة ، وكانت لناس من الأنصار وقيل لناس من بني هلال وكانت تخدم عائشة قبل أن تعتق ، وعاشت الى خلافة معاوية ، وكانت ذات عقل ورأي ، وخيرت في زوجها فلم تختاره رغم أنه كان يحبها. انظر : الذهبي : سير اعلام النبلاء ٢/٢٩٧، الطبعة السابعة.
(٤) الولاء : ولاء العتاق وهو ميراث يستحقه المرء بسبب عتق شخص في ملكه والشرط الذي شرطوه غير مانع من ولائها لك. انظر سبل السلام ٣/٨٨.
(٥) الحديث أخرجه البخاري : صحيح البخاري مع الفتح ٥/١٨٥، كتاب المكاتب ، باب المكاتب ونجومه في كل سنة نجم رقم الحديث (٢٥٦٠) ، وأخرجه مسلم : صحيح مسلم ، ٣/١١٤٢، كتاب العتق ، باب انما الولاء لمن أعتق ، رقم الحديث (١٥٠٤).
(٦) الزرقاني : شرح الزرقاني على خليل ٥/٩٣.
(٧) النووي : المجموع شرح المهذب ٩/٣٧٧.
(٨) ابن قدامة : المغني والشرح الكبير ٤/٥٦.
(٩) ابن حزم : المحلى ٨/٤٢١.

بريرة يدل على صحة العقد لا على الملك ، ويحتمل أنهم أبطلوا الشرط لما أنكره الرسول صلى الله عليه وسلم ، ويحتمل أنه سابق للعقد فلم يؤثر فيه.

إلا أن المالكية قالوا : الفوات ينتقل فيه الملك ، جاء في المواهب : "إن قلنا : إن الضمان في المبيع فاسدا ينتقل بالقبض ، فالملك لا ينتقل بذلك بل لا بد من ضميمة الفوات"[١].

ومرد اختلافهم هنا يرجع الى اختلافهم في حقيقة الفساد وثمرته ، فالحنفية فرقوا بين العقد الفاسد والعقد الباطل ، فالعقد الباطل عندهم هو ما لم يكن مشروعا لا بأصله ولا بوصفه، والعقد الفاسد هو ما كان مشروعا بأصله لا بوصفه ، فالباطل عندهم وعند الجمهور لا تترتب عليه آثاره ، ولا يعتبره الشرع ، ولا يفيد ملكا سواء أقبضه أم لم يقبضه ، وكذلك الفاسد عند الجمهور.

الترجيح :

بعد استعراض آراء العلماء أرى أن الراجح هو قول الحنفية ، لأن الفساد بسبب يرجع الى شروط العقد وأوصاف تقارنه ، فيمكن إصلاحه وتوجيهه نحو الصحة ، ولأنه معتبر من وجه دون وجه بخلاف الباطل والله أعلم.

العقد الخامس : الوقف :

الوقف لغة[٢] : الحبس ، **واصطلاحا** : هو تحبيس الأصل وتسبيل المنفعة على بر أو قربة[٣] والوقف سنة قائمة عمل بها رسول الله صلى الله عليه وسلم والمسلمون من بعده ولم يعمل بها أهل الجاهلية ، وانما عمل بها أهل الاسلام ، وهي مشروعة بالكتاب

(١) الحطاب : مواهب الجليل على سيدي خليل ٦/٢٥٤.
(٢) الفيومي : المصباح المنير ٢/٣١٦ ، مادة وقف.
(٣) ابن قدامة : الشرح الكبير ٦/١٨٥ ، وهو مطبوع مع المغني.

والسنة والاجماع، أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿لن تنالوا البر حتى تنفقوا مما تحبون﴾[١] ، فلما سمعها ابو طلحة رغب في وقف بئر حاء وهي أحب أمواله اليه[٢] ومن السنة قوله عليه والصلاة والسلام : "**إذا مات الانسان انقطع عمله من ثلاث : إلا من صدقة جارية ، أو علم ينتفع به أو ولد صالح يدعو له**"[٣] والصدقة الجارية محمولة عند الفقهاء على الوقف ، ولم يكن احد من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم الا وقف من ماله[٤] ، اختلف الفقهاء في اشتراط القبض لتمام الوقف ولزومه ، على ثلاثة أقوال :

القول الأول : للحنفية[٥] :

اختلف الحنفية فيما بينهم على ثلاثة أقوال :

١- فعند أبي حنيفة أن العين الموقوفة باقية على ملك الواقف حقيقة ولا يزول ملكه عنها إلا بحكم حاكم ، أو يعلقه بموته ، ويحق للواقف أن يتصرف فيها بما شاء من بيع ، وهبة ، وإجارة ، وتعديل للشروط وغيرها.

٢- عند أبي يوسف ، يزول ملك الواقف عن العين الموقوفة بمجرد قوله ، لأنه أسقط ملكه وملكه لله تعالى ، فصار كالعتق ، ووافقه الشافعية في ذلك. [٦]

٣- وقال محمد : لا يزول ملكه عن العين الموقوفة حتى يجعل للوقف متوليا ويسلمه اليه، وبالتصرف فيه من جهة الموقوف عليهم كما في المقبرة بدفن الناس فيها ، وفي المسجد بالصلاة فيه ، وقياسا على الصدقة ، وبذلك يكون قد وافق المالكية.

---

(١) سورة آل عمران آية (٩٢).

(٢) البخاري : صحيح البخاري مع الفتح ٢٠٠/٥ ، كتاب تفسير القران ، باب لن تنالوا البر حتى تنفقوا.

(٣) مسلم : صحيح مسلم ١٢٥٥/٣ ، كتاب الوصية باب ما يلحق الانسان من الثواب بعد وفاته.

(٤) ابن قدامة : المغني ١٨٦/٦ ، الشوكاني : نيل الاوطار ٢٦/٦.

(٥) الموصلي : عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي الحنفي : الاختيار لتعليل المختار ٤١/٣ ، الناشر شركو ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر ، الطبعة الثانية لسنة ١٣٧٠.

(٦) الميرغناني : الهداية ١٣/٣

القول الثاني : للشافعية[1] ، والحنابلة[2] :

وهو المفتى فيه عند الحنفية : إن تمام ملك الوقف ولزومه لا يفتقر إلى القبض ، فإذا صح الوقف يلزم ويتم بدون القبض ، جاء في الهداية ، وقال أبو يوسف : "يزول ملكه بمجرد القول".[3] وجاء في المغني : "ورد الوقف لا يفتقر إلى القبض ، فإذ صح الوقف زال ملك الواقف عنه في الصحيح من المذهب"[4]. وجاء في الأم "تجوز الصدقات المحرمات إذا تكلم بها صاحبها قبضت أو لم تقبض"[5] ، واستدلوا لذلك بما يلي :

أولا : السنة النبوية الشريفة :

ما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر عمر بن الخطاب رضي الله عنه أن يسبل ثمرة أرضه ويحبس أصلها ، فقال له : "تصدق **بأصله لا يباع ولا يوهب ولا يورث ولكن ينفق ثمره**"[6] فلم يأمره أن يخرجها من يده إلى يد أحد يحوزها دونه ، فدل على أن الوقف يتم بحبس الأصل وتسبيل الثمرة دون أن يشترط قبضه ، ولو كان القبض شرطا لأمره به.

ثانيا : عمل الصحابة :

قال الشافعي : أخبرني غير واحد من آل عمر وآل علي أن عمر ولي صدقته حتى مات وجعلها بعده لحفصة رضي الله عنها[7] ، وولي علي صدقته

---

(١) الشافعي: الام ٥٩/٤.
(٢) ابن قدامة : المغني والشرح الكبير ١٨٧/٦.
(٣) نفس المرجع السابق ١٣/٣
(٤) ابن قدامة : المغني والشرح الكبير ١٨٧/٦.
(٥) الشافعي : الام ٥٩/٤.
(٦) الحديث اخرجه البخاري صحيح البخاري مع الفتح ٣٩٢/٥، كتاب الوصيا ، باب ما للوصي أن يعمل في مال اليتيم وما يأكل منه بقدر عمالته رقم الحديث (٢٧٦٤) ، مسلم : صحيح مسلم ١٢٥٥/٣ ، كتاب الوصية ، باب الوقف رقم الحديث (١٦٣٢).
(٧) حفصة : حفصة بنت عمر بن الخطاب ، وهي من امهات المؤمنين ، ولدت بمكة سنة ١٨ ق. هـ ، وتزوجها جنيس بن حذافة السهمي ، فكانت عنده الى أن ظهر الاسلام فأسلما ، وهاجرت معه الى المدينة ، فمات عنها فخطبها رسول الله صلى الله عليه وسلم من أبيها فزوجه اياها سنة ٢ او ٣ للهجرة ، وروى لها البخاري ومسلم في الصحيحين ٦٠ حديثا.انظر الاعلام للزركلي ٢٩٢/٢ ، الطبعة الثالثة ، صفوة الصفوة ٧٥٨/١.

حتى مات ، ووليها بعده الحسن بن علي[١] رضي الله عنه ، وأن فاطمة رضي الله عنها[٢] بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم وليت صدقتها حتى ماتت ، وبلغني عن غير واحد من الأنصار أنه ولي صدقته حتى مات. فهؤلاء ولوا صدقاتهم حتى ماتوا، فلا يجوز أن نخالفهم في أن لا نجيزها إلا مقبوضة ، وهم أجازوها غير مقبوضة بالكلام بها فنوافقهم[٣]، جاء في نهاية المحتاج "ولا يشترط على القول بالقبول القبض على المذهب"[٤].

ثالثا : القياس :

قاسوا الوقف على العتق بجامع أن كلا منهما أخرجه عن ملكه الى الله عز وجل، فمن وقف عليه شيء ملك منفعته دون رقبته ، لأنه أخرجها عن ملكه الى الله تعالى أي أسقط ملكه لله تعالى فصار كالعتق ، ولأننا لو أوجبنا القبض فيه فإن القابض يقبض ما لم يملكه بالوقف فيكون قبضه وعدمه سواء حيث أن العتق لا يحتاج إلى القبض مع القول فيلزم بالقول دون القبض فكذلك الوقف لا يحتاج فيه الى القبض مع القول.

القول الثالث : للمالكية[٥] وقول عند الحنابلة[٦] :

يشترط التسليم لزوال ملكية الوقف عن الواقف ولتمامه ولزومه ، وذلك بإخراجه عن يده بأن يجعل له قيما ويسلمه إليه ، ففي المقبرة بأن يدفن فيها شخص واحد فما فوق،

---

(١) ابن علي : الحسن بن علي بن ابي طالب القرشي ، ولد في المدينة المنورة سنة ٣هـ وأمه فاطمة الزهراء بنت الرسول صلى الله عليه وسلم ، حج عشرين حجة ماشيا ، ودخل اصبهان غازيا ووصل الى جرجان ، وبايعه أهل العراق بالخلافة بعد مقتل أبيه ، ثم خلع نفسه من الخلافة لمعاوية سنة ٤١هـ ، وسمي ذلك العام بعام الجماعة، وتوفي في المدينة مسموما سنة ٥٠هـ. انظر الاعلام للزركلي ٢/٢٠٠، الذهبي : سير أعلام النبلاء ٣/٢٤٥.

(٢) فاطمة : فاطمة بنت محمد رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ولدت بمكة وهي اصغر بناته ، وتزوجها علي. انظر كحالة : سير أعلام النساء ٤/١٠٨، الطبعة الرابعة ، صفوة الصفوة ٢/٩.

(٣) الشافعي : الام ٤/٥٩.

(٤) الرملي : نهاية المحتاج ٢/٣٨٣.

(٥) المالكي : حاشية على كفاية الطالب الرباني ٢/٢٠٣.

(٦) ابن رجب : القواعد في الفقه ٧٩.

وفي نحو الطاحون بالتخلية بين الموقوف وبين الناس ، قال الآبي: "وشرط الحبس الحوز لأنه أحد أنواع العطية والعطية شرطها الحوز"[١]. وجاء في البناية "والقبض شرط في الموقوف حال الوقف عند محمد"[٢]. وجاء في المغني " والوقف المعروف ان يخرجه ، عن يده الى غيره ويوكل فيه من يقوم به ، لأنه تبرع بمال لم يخرجه عن المالية فلم يلزم بمجرد العقد كالهبة ، والوصية "[٣]. واستدلوا لذلك بالقياس على سائر التبرعات بجامع ان كلا منها تصدق بالمنافع فالوقف تصدق بالمنافع ، وكذلك الهبات ، والصدقات ، وهذه لا تلزم الا بالقبض ، فينبغي أن يشترط القبض للزومه.

الترجيح :

بعد استعراض أقوال الفقهاء أرى أن الراجح هو القول بعدم اشتراط القبض لنقل الملكية في الوقف ولزومه وتمامه ، وذلك للأسباب التالية :

أولاً : لقوة ما استدل به القائلون لذلك من السنة النبوية الشريفة ، وعمل الصحابة والقياس.

ثانياً: ان ما استدل به القائلون ان القبض شرط للزوم الوقف وتمامه من القياس على الهبات والصدقات ، غير مسلم فهو قياس مع الفارق ، فالوقف ليس فيه تمليك رقبة لأحد، والهبة ، والصدقة فيهما نقل لملكية الرقبة الى الموهوب له والمتصدق عليه فافترقا ، والله أعلم.

---

(١) الابي : الابي على صحيح مسلم ، ٦١٧/٥.

(٢) العيني : البناية على الهداية ١٥٣/٦.

(٣) ابن قدامة : المغني والشرح الكبير ٦/ ١٨٨.

المطلب الثاني

العقود التي لا تصح إلا باشتراط القبض فيها

العقد الأول : عقد الصرف :

الصرف لغة[1] : الرد والتحويل والتبديل والزيادة والانفاق وهو بيع الذهب بالفضة، **واصطلاحا** : وهو بيع الأثمان بعضها ببعض جنسا بجنس أو بغير جنس.[2] وخالف المالكية[3]، وجعلوا الصرف مخصوصا ببيع النقد بخلاف جنسه ، كالذهب بالفضة، وألحقوا الفلوس[4] إذا راجت واصطلح الناس على التعامل بها بالذهب والفضة. فالصرف أقرب العقود للربا ، واشترط الشارع الحكيم فيه شروطا لم يشترطها في غيره ، من هذه الشروط قبض البدلين في مجلس العقد قبل التفرق بالاجماع[5] ، وهو مستحق بالعقد حقا لله تعالى ، ولا يجوز إسقاطه ولو بتراضي المتعاقدين ، قال ابن المنذر : "اجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن المتصارفين إذا افترقا قبل أن يتقابضا أن الصرف فاسد".[6]

الأدلة على وجوب التقابض للبدلين في مجلس العقد قبل التفرق :

لقد استدل العلماء على وجوب التقابض للبدلين في مجلس العقد قبل التفرق بما يلي:

---

(١) الزيات : المعجم الوسيط ٥١٣/٢ ، مادة صرف.

(٢) السرخسي : المبسوط ٢/١٤ ، الشربيني : مغني المحتاج ٢٥/٢ ، ابن قدامة :المغنى والشرح الكبير ١٧٧/٤.

(٣) العدوي : حاشية العدوي ٣٦/٥ مطبوع مع الخرشي.

(٤) الفلوس : عملة يتعامل بها مضروبة من غير الذهب والفضة وكانت تقدر بسدس الدرهم ، انظر الزيات : المعجم الوسيط ٧٠٠/٢.

(٥) الكاساني : بدائع الصنائع ٢١٥/٥ ، الحطاب : مواهب الجليل ٣٩٥/٦ ، النووي : روضة الطالبين ٤٤/٣ ، ابن قدامة: المغني والشرح الكبير ١٧٧/٤.

(٦) ابن قدامة : المغنى والشرح الكبير ١٧٧/٤.

أولاً : السنة النبوية الشريفة :

١.عن أبي سعيد الخدري[١] أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : "**لا تبيعوا الذهب بالذهب إلا مثلا بمثل ، ولا تُشِفوا[٢] بعضها على بعض ، ولا تبيعوا الورق بالورق إلا مثلا بمثل، ولا تُشِفوا بعضها على بعض ، ولا تبيعوا منها غائبا بناجز**"[٣]. وفي رواية "... **ولا تبعوا شيئا غائبا منه بناجز إلا يدا بيد**".[٤]

وجه الاستدلال[٥] :

إذا حصل الافتراق عن المجلس من غير تقابض لبدل الصرف فهو غائب في الذمة ، وبيع النقد بالنقد وأحدها غائب والآخر حاضر لا يجوز ، فمن باب أولى المنع بين الغائبين ، لأنه يكون من باب منع الدين بالدين وهو منهي عنه ، وبالتقابض يخرج العقد عن الدين بالدين، وفي قوله يدا بيد حجة لكافة العلماء في وجوب التقابض وإن اختلف الجنس.

٢. ما روي عن عبد الرحمن بن أبي بكرة[٦] عن أبيه قال : "**نهى النبي الله صلى الله عليه وسلم عن الفضة بالفضة ، والذهب بالذهب ، إلا سواء بسواء ، وأمرنا أن**

---

(١) ابو سعيد الخدري : ١٠ ق.هـ -٧٤هـ ، سعد بن مالك بن سنان الانصاري الخدري ، من الصحابة وفضلائهم وغزى اثنتي عشرة غزوة وشهد الخندق وتوفي في المدينة ، وله ١١٧٠ حديثا . انظر الاعلام للزركلي ١٣٨/٣ ، الطبعة الثالثة.

(٢) تشفوا : الشف بالكسر الزيادة والضل ويطلق على النقص والمراد هنا لا تفضلوا. انظر الزيات : المعجم الوسيط ٤٨٧/١ ، مادة شفشف.

(٣) غائبا بناجز : مؤجلا بحال ، ويحتمل أن يراد بالغائب أعم من المؤجل كالغائب عن المجلس مطلقا مؤجلا او حالا، والناجز الحاضر. انتظر الشوكاني : نيل الاطار ٢١٦/٥.

(٤) الحديث أخرجه البخاري : البخاري مع الفتح ٣٨٠/٤ ، كتاب البيوع ، باب بيع الفضة بالفضة ، رقم الحديث ، ومسلم: صحيح مسلم ١٢٠٨/٣، كتاب المساقاه ، باب الربا ، رقم الحديث (١٥٨٤).

(٥) الشوكاني : محمد بن علي بن محمد الشوكاني ت(١٢٥٠هـ)، نيل الاوطار ٢١٦/٥، الناشر : مصطفى البابى الحلبي وأولاده بمصر ، الطبعة الاخيرة لسنة ١٩٦١م. النووي : صحيح مسلم بشرح النووي ١٠/١١، الطبعة الثانية لسنة ١٣٩٢هـ.

(٦) ابن ابي بكرة : ت(٩٦هـ) عبد الرحمن بن ابي بكرة الثقفي ، من أعيان التابعين ، استخلفه زياد امير البصرة على بعض اعمالها ، وتوفي فيها. انظر الاعلام للزركلي ٣٠٢/٣، الطبعة الخامسة.

نشتري الفضة بالذهب كيف شئنا ، والذهب بالفضة كيف شئنا ، قال : فسأله رجل فقال : يدا بيد فقال : هكذا سمعت".[1]

وجه الاستدلال :

ان الحديث يدل على وجوب القبض وهو شرط في مختلف الجنس ومتفقه وأكده بقوله هكذا سمعت.

ثانيا : المعقول :

إن من شرط صحة الصرف التعيين ، ولا يحصل التعيين في الصرف إلا بالقبض، ولا تكفي الإشارة ، وكل قبض يتضمن تعينا ، وليس كل تعين يتضمن قبضا، فاشترط القبض هنا تحرزا عن الربا وشبهته ، ومن هنا اشترط العلماء القبض يدا بيد ولم يكتف بالاشارة أو التعيين في بيع النقد تحقيقا للمساواة بين الطرفين ، فليس أحدهما بأولى من الآخر ولأن النقد خير من النسيئة ، وخشية من الهلاك في البدل دون المقبوض فيتحقق الفضل في أحد العوضين ، فوجب قبضهما يدا بيد. ونقل ابن المنذر[2] الاجماع على ذلك[3] ، واختلفوا في القبض هل هو شرط في صحة العقد أو شرط في بقائه على على الصحة على قولين :

---

(١) الحديث أخرجه البخاري : البخاري مع الفتح ٣٨٣/٤، كتاب البيوع ، باب بيع الذهب بالورق يدا بيد ، رقم الحديث (٢١٨٢) ، ومسلم : صحيح مسلم ١٢١٣/٣، كتاب المساقاة ، باب النهي عن بيع الورق بالذهب دينا ، رقم الحديث (١٥٩٠).

(٢) ابن المنذر : (٢٤٢-٣١٩هـ) ابو بكر محمد بن ابراهيم ابن المنذر النيسابوري ، فقيه مجتهد وهو أحد أعلام الشافعية، ومجمع على امامته ووفور علمه ، وكان شيخ الحرم بمكة. انظر الاعلام للزركلي ٢٩٤/٥، الطبعة الخامسة.

(٣) المغني : المغني والشرح الكبير ١٧٧/٤، ابن الهمام : كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف ابن الهمام الحنفي (ت ٦٨١هـ) الهداية وفتح القدير ٣٧٠/٥، الناشر دار الفكر الطبعة الثانية. السبكي : تكملة المجموع ٦٩/١٠.

القول الأول : للحنفية[١] ، والشافعية[٢] ، والحنابلة[٣] ، وقول للمالكية[٤] :

إن القبض في عقد الصرف شرط في بقائه على الصحة ، يدل عليه قول الفقهاء إن تفرقا قبل القبض بطل العقد فلولا أنه منعقد لما بطل ، ولو كان شرطا في صحة انعقاده، فلا بد حينئذ من القران ، أو التقدم ، والقبض متأخراً فكان حكما له لا شرطاً.

القول الثاني : للمالكية[٥] ، وقول للحنفية[٦] :

إن القبض شرط في صحة عقد الصرف ، فمنعوا التأخير في القبض في عقد الصرف مطلقا ، فيكون الصرف المؤخر حراما ، إن كان التأخير طويلا ، ويحرم إن كان قريبا من كلا العاقدين ، أو من أحدهما مع فرقة بدن ، إلا أنهم تسامحوا بالتأخير اليسير للضرورة الداعية ، كوزنها وتقليبها عند صراف آخر ، لأن غالب الناس لا خبرة لهم ، وبحاجة الى من يبين لهم وينصحهم ، والتقابض حصل بينهم قبل ذلك ، فلا يكون مخالفا للسنة ، ولو لم يسامح بهذا القدر لوقع الناس في الحرج.

وتظهر فائدة الخلاف فيما إذا عقد المتصارفان العقد ولم يتقابضا في الحال وبقيا في مجلس العقد ثم بعد ذلك تم التقابض ، فعند الجمهور من الحنفية[٧] ، والشافعية[٨] ، والحنابلة[٩] لا يضر تأخر القبض ما داما في مجلس العقد وإن طال لأن المجلس يجمع المتفرقات ، والمعتبر عندهم التفرق بالأبدان لا بالأقوال.

---

(١) الكاساني : بدائع الصنائع ٢١٨/٥.

(٢) النووي : روضة الطالبين ٤٤/٣، السبكي : تكملة المجموع ٨٩/١٠، ٦٩/١٠.

(٣) ابن قدامة : المغني والشرح الكبير ١٧٧/٤.

(٤) الزرقاني : الزرقاني على شرح موطأ مالك ٢٨٣/٣.

(٥) الأبي : محمد بن خليفة الوشتاني الابى : شرح صحيح مسلم المسمى اكمال المعلم ٤٧٥/٥، الناشر : دار الكتب العلمية، الطبعة الاولى.

(٦) ابن عابدين : حاشية رد المحتار على الدر المختار ٢٥٨/٥.

(٧) الكاساني : بدائع الصنائع ٢١٥/٥.

(٨) السبكي : تكملة المجموع ٨٩/١٠.

(٩) ابن قدامة : المغني والشرح الكبير ١٧٧/٤.

وعند المالكية(١) لا بد من التناجز في الحال : أي أن يكون القبض متصلا بالعقد فإن تأخر القبض عن العقد ولم يتفرق المتعاقدان عن المجلس بطل عقد الصرف. لأن طول البقاء مع عدم القبض في المجلس والخروج من أمر الى غيره فيه إعراض عن الصرف واشتغال بغيره وهذا مناف لحقيقة القبض التي هي خذ وهات.

وسبب خلافهم في ذلك اختلافهم في تفسير حديث مالك بن أوس(٢) وجاء فيه أنه قال : أقبلت أقول من يصطرف .... قال عمر : كلا والله لتعطينه أو لتردن اليه ذهبه وفي رواية إن استنظرك فلا تنظره فإن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، قال : "**الذهب بالورق ربا إلا هاء وهاء...**"(٣) فاللفظ محتمل للقليل والكثير من حيث الزمن ، فالجمهور(٤) حملوه على القليل والكثير ، وإنه صالح لمن لم يفترق عن المجلس ، لأن المجلس يجمع المتفرقات ، والقبض من حقوق العقد وتتعلق بالعاقدين فيعتبر افتراقهما ، ودل الحديث على أن المفارقة المعتبرة مفارقة الابدان.

وحمل المالكية(٥) الحديث على الزمن القليل ، فلم يصح عندهم العقد إلا إذا وقع التقابض على الفور ، فإن تأخر التقابض بطل الصرف طال المجلس أم قصر ، وفهم المالكية من الحديث أنه محمول على الفور ، لا على التراخي ، وهذا هو الذي فهمه عمر، أن يكون الأخذ والعطاء متقاربين في ذات اللحظة ، ولما للأجل من التأثير في العقد

---

(١) ابن رشد : بداية المجتهد ١٤٩/٢، الباجي : المنتقى ٢٧٣/٤.

(٢) ابن أوس : (١-٩٢هـ) مالك بن اوس بن الحدثان بن الحارث المدني ، فقيه وامام حجة ، أدرك حياة النبي صلى الله عليه وسلم وليس له صحبة ، حدث عن عمر ، وعثمان ، وعلي، وحدث عنه الزهري. انظر الاعلام ١٤٩/٦، الطبعة الثالثة.

(٣) الحديث أخرجه البخاري : البخاري مع الفتح ٣٤٧/٤، كتاب البيوع ، باب ما يذكر في بيع الطعام والحكرة ، رقم الحديث (٢١٣٤) ، ومسلم : صحيح مسلم ١٢٠٩/٣ ، كتاب المساقاه ، باب الصرف وبيع الذهب بالورق نقدا ، رقم الحديث (١٥٨٦).

ها وهاء : أي خذ وهات وهو أن يقول كل واحد من البيعين هاء فيعطيه ما في يده والمقصود ان يتقابضان في المجلس. انظر الشوكاني : نيل الأوطار ٢١٨/٥.

(٤) الكاساني : بدائع الصنائع ٢١٥/٥-٢١٦ ، السبكي : تكملة المجموع ١٢٩/٢ ، ابن قدامة : المغني والشرح الكبير ١٧٨/٤.

(٥) ابن رشد : بداية المجتهد ١٢٩/٢ ، الباجي : المنتقي على الموطأ ٢٧٢/٤.

ما ليس للتفاضل عند اختلاف الجنس فيجوز التفاضل بين الجنسين ولا يجوز النساء ، ولأنه قبض تأخر عن العقد فوجب أن لا يصح كما لو قاما من مجلسهما.

الترجيح :

بعد استعراض أقوال العلماء أرى الراجح قول الجمهور للأسباب التالية:

أولا : لأن المجلس يجمع المتفرقات.

ثانيا : لأن حقوق العقد ومنها القبض تتعلق بالعاقدين ، فيعتبر افتراقهما بالأبدان والله أعلم.

العقد الثاني : بيع الأموال الربوية ببعضها :

يشترط لصحة بيع الأموال الربوية بجنسها التماثل والحلول والتقابض و بغير جنسها الحلول والتقابض إلا إذا اذا اختلفت العلة فيجوز بدون شروط باتفاق العلماء[١] إلا أن يكون أحد العوضين ثمنا ، والآخر مثمنا كبيع الموزونات بالدارهم والدنانير لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : "**الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح مثلا بمثل سواء بسواء يدا بيد فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يدا بيد**"[٢]. واختلفوا في كيفية القبض قبل التفرق من مجلس العقد في بيع جميع الأموال الربوية ببعضها البعض على قولين :

القول الأول : للحنفية[٣] :

لم يشترط الحنفية التقابض الحقيقي أي بالبراجم قبل التفرق من مجلس العقد في

(١) الجصاص : احكام القرآن ٥٥٢/١ ، الباجي : المنتقي على موطأ مالك ٢٦٠/٤ ، السبكي : التكملة الاولى للمجموع ٩٣/١٠، البهوتي : كشاف القناع ٢٦٦/٣.

(٢) الحديث أخرجه مسلم : صحيح مسلم ١٢١١/٣ ، كتاب المساقاه ، باب الصرف ، رقم الحديث (١٥٨٧٩).

(٣) ابن عابدين : رد المحتار على الدر المختار ٢٥٨/٥.

بيع الأموال الربوية بعضها ببعض إلا في الصرف ، فشرطوا القبض بالبراجم لصحة عقد الصرف، جاء في البناية : "وعقد الصرف ما وقع على جنس الاثمان يعتبر فيه قبض عوضين في المجلس"[١] ، أما في غير الصرف كبيع الحنطة بالشعير ، فاشترط الحنفية لصحة العقد التعيين دون التقابض ، لأن البدل في غير الصرف يتعين بمجرد التعيين قبل القبض، ويتمكن مشتريه من التصرف فيه بمجرد التعيين ، جاء في البناية: "وما سوى الصرف مما يجري فيه الربا كالمكيلات والموزونات غير الذهب والفضة يعتبر فيه التعيين ، ولا يعتبر فيه التقابض"[٢] ، وذلك بخلاف البدل في الصرف ، فإنه لا يتعين بدون القبض الحقيقي إذ القبض شرط في تعينه ، لأن الأثمان لا تتعين إلا بالقبض ولذلك كان لكل من المتعاقدين تبديلهما بمثلهما قبل تسليمهما.

القول الثاني : المالكية[٣] ، الشافعية[٤] ، والحنابلة[٥] :

اشترط الجمهور القبض للبدلين في بيع الأموال الربوية بعضها ببعض قبل التفرق من المجلس كما في الصرف أي يدا بيد ، فلو تفرقا قبل التقابض بطل العقد لثبوت النهي عن النسيئة والتأخير في الصرف ، وغيره من الأموال الزبوية ، وتحريم النساء ووجوب التقابض متلازمان ، فمحال ان يشترط الشارع انتفاء الأجل في بيع الأموال الربوية جميعها ، ويكون تأجيل التقابض في بعضها جائزا ، وكذلك يفهم من قوله صلى الله عليه وسلم : "... **يدا بيد ، وهاء وهاء**" ، أن ذلك في كيفية قبض الأموال الربوية الستة ، فيشترط التقابض فيها جميعا.

---

(١) العيني : البناية شرح الهداية ٥٤٤/٦.
(٢) المرجع السابق ٥٤٥/٦.
(٣) الباجي : المنتقى على موطأ مالك ٢٦٠/٤.
(٤) النووي : الروضة ٤٣/٣،٤٤.
(٥) البهوتي : كشاف القناع عن متن الاقناع ٢٦٦/٣.

الترجيح :

بعد استعراض أقوال الفقهاء أرى أن الراجح هو قول الجمهور باشتراط القبض في بيع الاموال الربوية بعضها ببعض في مجلس العقد لورود النص باطلاق ، حيث يشمل جميع الأموال الربوية ولم يفرق بينها ، وكما يشترط التقابض في النقدين يشترط فيما سواهما من الأصناف الستة المذكورة في الحديث ، ويقاس عليها غيرها ، والله أعلم.

العقد الثالث : عقد السلم :

السلم لغة[١] : التقديم والتسليم ، **واصطلاحا** : "هو أن يسلم عوضا حاضرا في عوض موصوف في الذمة الى أجل".[٢]

اتفق الفقهاء من الحنفية[٣] ، والشافعية[٤] ، والحنابلة[٥] ، والظاهرية[٦] على أن من شروط صحة عقد السلم هو قبض رأس مال السلم في مجلس العقد قبل التفرق واختلفوا في وقت قبض رأس المال في عقد السلم على قولين :

القول الأول : لجمهور الحنفية ، والمالكية ، والحنابلة :

إن قبض رأس مال السلم في المجلس قبل الافتراق ، هو شرط بقاء لصحة عقد السلم، فإن تفرقا قبل القبض فسد العقد ، واستدلوا بما يلي[٧] :

---

(١) الجرجاني : التعريفات ص١٣٦، مادة سلم.
(٢) ابن قدامة : المغني والشرح البكير ٣١٢/٤.
(٣) الكاساني : بدائع الصنائع ٢٠٢/٥.
(٤) الرملي : نهاية المحتاج ١٨٤/٤.
(٥) البهوتي : كشاف القناع عن متن الاقناع ٣٠٤/٣.
(٦) ابن حزم : المحلى ١٠٩/٩.
(٧) الكاساني : بدائع الصنائع ٢٠٢/٥ ، الشوكاني : نيل الأوطار ٢٥٥/٥، النووي : المجموع ٢٠٩/٩، البهوتي : الكشاف ٣٠٤/٤، القرافي : فروق ٢٩٠/٣.

أولا : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : "**من سلف فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم الى أجل معلوم**"(١) ، والتسليف في اللغة الإعطاء فيكون المعنى فليعط ، لأنه لا يقع اسم السلف حتى يعطيه ما أسلفه قبل أن يفارق من أسلفه ، فإن لم يفعل يكون وعدا بأن يسلف.

ثانيا : إن الافتراق قبل القبض يكون افتراقا عن دين بدين ، وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم "**عن بيع الكالئ بالكالئ**"(٢) -أي بيع الدين بالدين-فيكون فاسدا للنهي.

ثالثا : إن في السلم غررا احتمل للحاجة فجبر بتعجيل قبض رأس مال السلم كي لا يعظم الغرر في الطرفين.

رابعا : إن عدم القبض لرأس المال يؤدي الى إشغال الذمتين ، فتتجه المطالبة من الجهتين وذلك يؤدي الى الخصومة ، والعداوة ، ومطلوب صاحب الشرع اصلاح ذات البين وحسم مادة الفساد والفتن ، فمنع ذلك باشتراط تعجيل قبض رأس المال.

القول الثاني : للمالكية(٣) :

اشترطوا قبض رأس مال السلم في المجلس قبل التفرق أو بعده بمدة يسيرة كاليوم واليومين والثلاثة سواء أكان التأخير بشرط أم بغير شرط ، وذلك للخفة ، وللقاعدة الفقهية أن ما قارب الشيء يعطى حكمه(٤) ، فإن تأخر أكثر من ذلك بطل العقد لئلا يكون من باب الكالئ بالكالئ فيكون حكمه حكم المقبوض قبل التفرق.جاء في البهجة:"وشرط رأس

---

(١) الحديث أخرجه البخاري : صحيح البخاري مع الفتح ٤٢٩/٤، كتاب السلم ، باب السلم في كيل معلوم ، رقم الحديث (٢٢٤١) ، مسلم : صحيح مسلم ١٢٢٧/٣، كتاب المساقة ، باب السلم ، رقم الحديث (١٦٠٤).

(٢) الحديث : سبق تخريجه ص٧٦.

(٣) ابن رشد : بداية المجتهد ٢٠٢/٢ ، المواق : التاج والاكايل ٤٧٦/٦.

(٤) انظر ص ٢٤.

المال في السلم ان يقبض كله عند العقد أو ما في حكمه ... وجاز أن يؤخـــر كـــاليومين والثلاثة ولو بشرط.[1]

الترجيح :

بعد استعراض أقوال العلماء أرى أن الراجح قول الجمهور ، للأسباب التالية :

أولا : لأن عدم قبض رأس مال السلم في مجلس العقد يؤدي الى اشغال الذمتين فيفضـــي الى الخصومة والعداوة ، ومطلوب صاحب الشرع حسم مادة الفساد واصـــلاح ذات البين.

ثانيا : لو سلم قول المالكية أن مقاربة الشيء يعطى حكمه لأدى إلى المحظور في أمـــور أخرى وهو ربا النسيئة وهو مردود بأصول الشريعة وفروعها.

ثالثا : إن الافتراق قبل القبض افتراق عن دين بدين ، وهو منهي عنه ، والله أعلم.

العقد الرابع : الإجارة :

الإجارة لغة[2] : الأجرة على العمل ، **واصطلاحا** : هــــي تمـليك المنافع بعوض ، عينا ، أو دينا ، أو منفعة[3] ، وقسم الفقهاء الإجارة باعتبار محل تعلق المنفعـــة المعقـــود عليها الى إجارة واردة على العين ، وإجارة واردة على الذمة.

أولا : الإجارة الواردة على العين :

كأن يستأجر شخص سيارة معينة أو يستأجر شخصا بعينه لخياطة ثوب ، ونحـــو ذلك ، فالمنفعة في المعقود عليه تكون متعلقة بنفس العين ، وهذا لا خـــلاف فيـــه بيـــن

(١) التسولي : البهجة على التحفة ٢٩٨/٢.

(٢) الزيات : المعجم الوسيط ٧/١ ، مادة أجر.

(٣) الجرجاني : التعريفات ، ص ٥ ، السلمي : قواعد الأحكام ٧٨/٢.

الفقهاء[1] فلا يشترط قبض الأجرة في مجلس العقد لصحة العقد ، أو لزومه ، أو لانتقال ملكية المنافع لأن إجارة العين كبيعها ، إذ الإجارة بيع المنفعة في مقابلة عوض معلوم وبيع العين يصح بثمن حال ومؤجل ، كذلك الإجارة.

ثانياً : الإجارة الواردة على الذمة :

كأن يستأجر دابة موصوفة للحمل أو الركوب فيقول : استأجرت منك دابة صفتها كذا لتحملني الى موضع كذا بأجرة كذا فقبل المؤجر ، فالمنفعة المعقود عليها هنا متعلقة بذمة المؤجر. وفي وجوب تسليم الاجرة فيها ، اختلف الفقهاء على أربعة أقوال :

القول الأول : الحنفية[2] :

لا يجب تسليم الأجرة بالعقد بل بتعجيلها أو شرط تعجيلها أو بالاستيفاء للمنفعة أو بتمكنه منه ، فالأجرة لا تلزم بالعقد ولا تملك فيه ، فلا يشترط قبض الأجرة لصحة الاجارة ، وجاء في اللباب : "الأجرة لا تجب بالعقد فلا يجب تسليمها".[3] قال ابن عابدين: "لا يملك الأجر بالعقد لأنه وقع على المنفعة وهي تحدث شيئا فشيئا ، وشأن البدل أن يكون مقابلا للبدل ، وحيث لا يمكن استيفاؤها حالا ، لا يلزم بدلها حالا إلا إذا شرطه ولو حكما بأن عجله، لأنه صار ملتزما له بنفسه وأبطل المساواة التي اقتضاها العقد.[4]

القول الثاني : للمالكية[5] :

إن الأصل وجوب تعجيل الأجرة إلا إذا شرع المستأجر باستيفاء المنفعة لصحة إجارة الذمة ، جاء في القوانين : "إذا كانت الإجارة ثابتة في ذمة الأجير فيجب تقديم

---

(١) ابن نجيم : الأشباه والنظائر ٣٤٧ ، ابن رشد : بداية المجتهد ٢٢٨/٢ ، الرملي : نهاية المحتاج ٢٦٥/٥ ، ابن قدامة : المغني والشرح الكبير ١٤/٦.

(٢) نظام وجماعة علماء الهند : الفتاوي الهندية ٤١٢/٤، الكاساني : بدائع الصنائع ٢٠٢/٤

(٣) الميداني : اللباب شرح الكتاب على القدوري ٩٦/٢.

(٤) ابن عابدين : حاشية رد المحتار على الرد المختار ١٧/٦.

(٥) ابن رشد الجد : المقدمات ٦٢٢/٢.

الأجرة لأنها بمنزلة رأس مال السلم"[1] ، وبالتأخير لها يستلزم تعمير الذمتين وبيع الدين بالدين وهو منهي عنه إلا إذا شرع المستأجر باستيفاء المنفعة ، كما لو ركب الدابة الموصوفة في طريقه الى المكان المشترط أن تحمله إليه فيجوز تأخير الأجرة لانتفاء بيع الدين بالدين ، حيث إن قبض أوائل المنفعة كقبض اواخرها ، فيرتفع المانع من التأخير. إلا أنهم اعتبروا أن تأخير الأجرة يومين أو لثلاثة أيام في حكم التعجيل ، لأن ما قارب الشيء يعطى حكمه كما في السلم ، ولا فرق بين عقدها بلفظ الإجارة ، أو السلم.[2]

القول الثالث : للشافعية[3] :

يشترط عند الشافعية قبض المؤجر الأجرة لصحة إجارة الذمة في مجلس العقد كما يشترط قبض رأس مال السلم في مجلس العقد ، فإن تفرقا قبل القبض بطلت الإجارة، لأن إجارة الذمة سلم في المنافع فكانت كالسلم في الأعيان ، ولا فرق إن عقدت بلفظ الإجارة أو السلم. وبالنظر الى محل الالتزام في كل من السلم والاجارة الواردة على الذمة، وهو الذمة وذلك لضعف الإجارة حيث وردت على معدوم وتعذر استيفاؤها دفعة.

القول الرابع : للحنابلة[4] :

فرق الحنابلة بين ما إذا اجريت إجارة الموصوف في الذمة بلفظ سلم أو سلف ، كأن يقول : أسلمتك هذا الدينار في منفعة دابة صفتها كذا لتحملني الى مكان كذا وقبل المؤجر ، ففي مثل هذه الحالة اشترط الحنابلة تسليم الأجرة في نفس العقد لصحة إجارة الذمة لأنها بذلك تكون سلما في المنافع وإذا لم يتم القبض قبل تفرق العاقدين من المجلس،

(١) ابن جزي : القوانين الفقهية ٢٣٦.
(٢) الدسوقي : حاشية الدسوقي والشرح الكبير ٣/٤.
(٣) الرملي : نهاية المحتاج ٢٦٥/٥.
(٤) البهوتي : كشاف القناع عن متن الاقناع ٢٦/٤.

لأدى الى بيع الكالئ بالكالئ وهو منهي عنه[1]. أما إذا أجريت بلفظ غير لفظ سلم ، أو سلف ففي هذه الحالة لا يشترط تعجيل الأجرة وقبضها في مجلس العقد لأنها لا تكون سلما ، فلا يلزم فيها شرط السلم ، وهو قبض الأجرة في مجلس العقد قبل التفرق كرأس مال السلم ، ولأنها عوض في عقد معاوضة محضة ، فلم يجب تسليم الأجرة في مجلس العقد كالإجارة الواردة على العين.

الترجيح :

بعد استعراض أقوال الفقهاء أرى أن الراجح هو قول الحنفية وهو لا يجب تسليم الأجرة بالعقد الا بتعجيلها أو بشرط تعجيلها أو بالاستيفاء للمنفعة ، لأنه وقع على المنفعة وهي تحدث شيئا فشيئا ، وشأن البدل أن يكون مقابلا للبدل والله أعلم.

العقد الخامس : المضاربة :

المضاربة لغة[2] : من ضرب في الأرض أي سافرت ، **واصطلاحا** : هي أن يدفع المالك مالا الى العامل ليتجر فيه والربح مشترك بينهما بحسب ما شرطا.[3]

والمضاربة في لغة أهل العراق ، لأن كلا من العاملين يضرب بسهم في الربح، أو أنه يحتاج الى السفر ، والسفر يسمى ضربا. وفي لغة أهل الحجاز ، القراض من القرض وهو القطع ، أو المقارضة ، وهو المساوة في استحقاق الربح. واختلف الفقهاء في اشتراط تسليم رأس المال الى العامل لصحة المضاربة على قولين :

(١) الفتوحي : منتهى الارادات ٤٨١/١.
(٢) الفيومي : المصباح المنير ٤/٣، مادة ضرب.
(٣) الشربيني : مغني المحتاج ٣٠٩/٢-٣١٠.

القول الأول : للجمهور من الحنفية[١] ، والمالكية[٢] ، والشافعية[٣] ، وقول للحنابلة[٤] :

أنه يشترط تسليم رأس المال الى العامل لصحة عقد المضاربة ، وذلك لأن العمل لا يتحقق الا بعد خروج رأس المال من يد رب المال الى العامل ، ويكفي هنا التخلية بين العامل وبين رأس المال ، ولا يشترط الاستقلال باليد عليه من قبل العامل ، فلو شرط المالك أن يكون رأس المال بيده ليوفي منه ثمن ما اشتراه العامل فسدت المضاربة.

القول الثاني : للحنابلة[٥] :

حيث لم يشترط الحنابلة لصحة المضاربة قبض العامل لرأس المال فتصح المضاربة وإن كان المال بيد ربه لأن مورد العقد العمل ، والعمل أحد ركني المضاربة فجاز أن ينفرد به أحدهما مع وجود الأمرين من الآخر كالمال.

الترجيح :

بعد استعراض أقوال الفقهاء أرى أن الراجح هو قول الجمهور ، لأن مبدأ العقد انعقد على أن يكون رأس المال من أحد الجانبين والعمل من الجانب الآخر ، ولا يتحقق العمل إلا بعد خروج المال من يد صاحبه ليتمكن من التصرف فيه والله اعلم.

---

(١) الكاساني : بدائع الصنائع ٨٤/٦.

(٢) الزرقاني : الزرقاني على مختصر سيدي خليل ٢١٤/٦.

(٣) الجمل : حاشية الجمل على المنهج ٤٧٠/٥.

(٤) ابن قدامة : المغني والشرح الكبير ١٣٨/٥.

(٥) ابن قدامة : المغني والشرح الكبير ١٣٨/٥.

المطلب الثالث

العقود التي لا تلزم إلا باشتراط القبض فيها

العقود التي يشترط القبض للزومها هي : الهبة[1] ، والقرض[2] ، والوقف[3]، والرهن.

عقد الرهن :

الرهن لغة[4] : الثبات والدوام ، **واصطلاحا** هو : حبس شيء مالي بحق يمكن استيفاؤه منه[5] ، واتفق الفقهاء[6] على أن القبض شرط في الرهن لقوله تعالى : ﴿فَرِهَانٌ مَقْبُوضَةٌ﴾[7] واختلفوا في تحديد نوع الشرط هل هو شرط لتمام العقد ، أم شرط للزوم الرهن على قولين :

القول الأول : للحنفية[8] ، والشافعية[9] ، والرواية الراجحة عند الحنابلة[10] :

حيث قالوا : إنه يشترط القبض للزوم الرهن ، فعليه يكون للراهن الرجوع عن الرهن قبل اقباضه وتسليمه للمرتهن ، وإذا سلمه للمرتهن لزم الرهن بالنسبة للراهن ولم

---

(١) انظر ص ١٠٣.

(٢) انظر ص ١٠٨.

(٣) انظر ص ١١٤.

(٤) الزيات المعجم الوسيط ٣٧٨/١.

(٥) الجرجاني : التعريفات ١١٨.

(٦) الكاساني : بدائع الصناع ١٣٧/٦ ، ابن رشد : بداية المجتهد ٢٧٤/٢ ، الشربيني : مغني المحتاج ١٢٨/٢، ابن قدامة: المغني والشرح الكبير ٢٦٨/٤.

(٧) سورة البقرة : آية ٢٨٣.

(٨) الجصاص : أحكام القرآن ٥٢٣/١.

(٩) الجمل : حاشية الجمل على المنهج ٨٥/٥.

(١٠) البهوتي : كشاف القناع عن متن الاقناع ٣٢٦/٣ ، ٣٣١.

يجز له الرجوع عنه أو فسخه إلا بالتراضي ، فيصح عندهم الرهن بالعقد ، ويلزم الرهن بالقبض ، واستدلوا على ذلك بما يلي :

أولاً : بالقرآن الكريم :

قال تعالى : ﴿فَرِهانٌ مَقْبُوضَةٌ﴾(١) وهذه الصيغة من صيغ الأمر لأن المصدر المقرون بحرف الفاء في جواب الشرط يراد به الأمر ، والأمر بالشيء الموصوف بصفة يقتضي أن يكون ذلك الوصف من تمامه وشرط فيه ، لأن المشروع بصفة لا يوجد إلا إذا وجدت تلك الصفة ، فلا يجوز إلغاء هذا الوصف ولا بد من اعتباره ، وإلا لم يكن للقيد أية فائدة وفي اعتباره صيانة لخبر الله تعالى عن الخلف فلا يكون ذكرة للقبض عبثا وهو منزه عن ذلك. والعقد قبل القبض يعتبر صحيحا لأن الله سبحانه وتعالى سمى الاعيان المطلقة رهانا ، وهذه التسمية تدل على صحة العقد قبل القبض ولو لم يكن صحيحا لما أطلق عليه هذه التسمية.

ثانيا : المعقول :

إن الرهن عقد تبرع وإرفاق يراد به الاستيثاق وذلك لأن الراهن لا يستوجب بمقابلته على المرتهن شيئا ولهذا لا يجبر عليه فيحتاج الى القبول فافتقر الى القبض كالقرض ، فلا يفيد الحكم بنفسه كسائر التبرعات فيحتاج الى القبض ليكون دليلا على الامضاء وعدم الرجوع ، وعقد تبرع من جهة الراهن لأنه لا يستوجب على المرتهن بمقابلة حبس العين شيئا ، وعقد التبرع لا يجبر عليه القائم به فلو كان يلزم بمجرد العقد لكان مجبرا على إمضائه ، ولذا لا بد من إمضائه باختياره فإذا فعل صار ملزما به وامتنع الرجوع فيه ، والرهن شرع للاستيثاق ولا يتحقق ذلك الا بالقبض ، ولو صح بغير القبض لفات غرض الاستيثاق وكان المرتهن وسائر الغرماء سواء.

---

(١) سورة البقرة : آية ٢٨٣.

القول الثاني : للمالكية[1] :

إن القبض والحوز شرط تمام لكمال فائدة الرهن وليس بشرط صحة أو لزوم فيلزم الرهن بالعقد ، ولا يتم إلا بالقبض. ويجبر الراهن على الاقباض بالمطالبة به من قبل المرتهن إلا أن يتراخى عن المطالبة حتى يمرض ، أو يفلس ، أو يموت الراهن ، أو يرضى بتركه في يد الراهن ، فيبطل الرهن بذلك كله ، جاء في الكافي : "ينعقد الرهن بالقول ويتم بالقبض"[2]. واستدل المالكية على ذلك بما يلي :

أولاً : القرآن الكريم :

قال تعالى : ﴿فَرِهَانٌ مَقْبُوضَةٌ﴾[3] أثبت الله سبحانه وتعالى رهنا قبل القبض ، وجعل القبض وصفا للرهن ، والأصل أن الوصف قيد لموصوفه خارج عن حقيقته الشرعية ، وعلى هذا يكون اسم الرهن ثابتا للأعيان التي ورد عليها العقد بدون القبض، فيكون مجرد العقد قبل القبض شرعا لإيجاب التسمية الشرعية ، فبالإيجاب والقبول وهما شطرا العقد وركناه يكفيان لذلك فإذا تما فقد انعقد الرهن ولزم ، فإذا تحقق الرهن قبل القبض ، فإن وجوب القبض واجب لتمام العقد بدليل قوله تعالى : ﴿أوفُوا بِالْعُقُودِ﴾[4] فيجبر الراهن على الاقباض قضاءً وفاءً بالعقد.

والآية ليست خبرا لأنه لو كانت خبراً لوجب صدقه. والواقع ليس كذلك فوجب صرفه الى الأمر صيانة لكلامه سبحانه وتعالى عن اللغو ، فيكون المعنى : فأرهنوا واقبضوا إلا أن الإجماع صرف الأمر عن الوجوب الى الجواز بالنسبة للرهن ، وبقي الاقباض على حقيقته وهو الوجوب ، فكان الاقباض واجبا على كل راهن وجوبا تكليفيا ويأثم الراهن بامتناعه عن الاقباض ويجبر على ذلك قضاء[5].

---

(١) الباجي : المنتقى ٢٤٨/٥.
(٢) ابن عبد البر : الكافي في فقه أهل المدينة ٨١٢/٢.
(٣) سورة البقرة : آية ٢٨٣.
(٤) سورة المائدة : آية ١.
(٥) الباجي : المنقى على موطأ مالك ٢٤٨/٥.

ثانياً : القيـــاس :

إن الرهن وثيقة بالدين يلزم بالقبول ، مثل : الكفالة ، والحوالة ، ولأنـــه كـــالبيع والاجارة فلا يتوقف لزومه على القبض.

ثالثا : المعقـول :

لو لم يكن عقد الرهن صحيحا قبل القبض لبطل بزوال الأهلية بين العقد والقبـض، ولكنه لا يبطل بزوال الأهلية بينهما ، بدليل أنه لو جن أو أغمي على الراهن ثم أفاق فسلم المرهون صح تسليمه إياه.

الترجيـــح :

بعد استعراض أقوال الفقهاء أرى أن الراجح قول الجمهور بأن القبض شرط للزوم الرهن ، لأنه من جهة الراهن فيه معنى التبرع ولا يجبر عليه ، لأنه لا يستوجب بمقابلته على المرتهن شيئا ، فيكون القبض فيه شرط لزوم كسائر التبرعات ، والله أعلم.

استدامة القبض في الرهن :

اختلف الفقهاء في استدامة القبض للرهن ، هل هو واجب الاستمرار ، تحت يـــد المرتهن أم غير واجب الاستمرار ويكتفى فيه في الابتداء ولا يشترط فيه الدوام. وسبب الاختلاف هو : هل يتحقق الغرض من الرهن بحيث يستطيع أن يستوفي منه عند تعـــذر الاستيفاء أم أنه لا بد من احتباس الرهن واثبات اليد عليه؟ للعلماء في ذلك قولان :

القول الأول : الحنفية[١] ، والمالكية[٢] ، والحنابلة[٣] :

يشـــترط اســـتدامة القبض بيد المرتهن أو من يقوم مقامه ، فلا يملك الراهن

---

(١) الكاساني : بدائع الصنائع ١٤٥/٦، زاده : تكملة فتح القدير ١٤٢/١٠.
(٢) الدسوقي : حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٢٤١/٣.
(٣) ابن قدامة : المغني والشرح الكبير ٣٧٠/٤.

استرداده لينتفع به أو لغير ذلك. واستدلوا على ذلك بما يلي :

أولاً : القران الكريم :

قال تعالى : ﴿فَرِهانٌ مَقْبُوضَةٌ﴾[1]

وجه الاستدلال : إن الراهن إذا استرد الرهن أو رُد اليه فإنه يصدق عليه أنه رهن غير مقبوض علما بأن الله تعالى شرط فيه القبض إذ الوصف يجري فيه مجرى الشرط ، ويلزم من انعدام الشرط انعدام المشروط فلا يبقى رهنا ولا يستحق بيعه عند الأجل ، والقبض حيث كان شرطا في الابتداء فلا يمنع أن يكون شرطا في الدوام ، كالطهارة بالنسبة للصلاة.

ثانياً : اللغة :

الرهن ينبئ في اللغة عن الحبس الدائم. قال الشاعر : "وفارقتك برهن لا فكاك له"، وقوله تعالى : ﴿كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ﴾[2] ، أي محبوسة بوبال ما اكتسبت من المعاصي والأحكام الشرعية تنعطف على وفق المعاني اللغوية ، فيكون المعنى اللغوي ملاحظا فيه المعنى الشرعي وهو دوام الحبس.

ثالثاً : المعقول :

إن الرهن يراد للوثيقة ليتمكن من بيعه واستيفاء دينه ، فإذا لم يدم في يده زال ذلك المعنى ، فكان بقاء اللزوم منوطا بدوام القبض وليكون الراهن عاجزا عن الانتفاع به فيسارع الى قضاء الدين لحاجته الى العين المرهونة.

القول الثاني : للشافعية[3] ، والظاهرية[4] ، وقول للحنفية[5] :

قالوا أنه لا يشترط استدامة القبض في الرهن ، لأنه يغتفر في البقاء ما لا يغتفر

---

(١) سورة البقرة : آية ٢٨٣.
(٢) سورة المدثر : آية ٣٨.
(٣) الشافعي : الأم ١٣٤/٣.
(٤) ابن حزم : المحلى ٨٩/٨.
(٥) ابن عابدين : حاشية رد المحتار على الدر المختار ٤٧٧/٦.

في الابتداء ، فلوا استرجعه الراهن بعارية ، أو وديعة صح ، لأنه عقد يعتبر القبض في ابتدائه فلم يشترط استدامته كالهبة بشرط أن يكون الانتفاع بالعين المرهونة على وجه لا يخرجها عن ملكه سواء أذن المرتهن في ذلك أم لم يأذن ، وبشرط تعذر الانتفاع دون استرداد ، فإذا أمكن الانتفاع دون استرداد لم يكن له استرداده ، فاستمرار القبض ليس شرطا في صحة الرهن ولا لزومه. واستدلوا على ذلك بما يلي :

أولاً : السنة النبوية الشريفة :

أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : "**لا يغلق[1] الرهن من صاحبه الذي رهنه له غنمه وعليه غرمه**"[2] ، فإذا ثبت للراهن غنم الرهن بالقبض كانت له منافعه، لأنها من الغنم فله أن يستوفيها ، وهذا يقتضي استرداده له عند تعذر الاستيفاء بدون ذلك ، فاستمرار القبض يتعارض مع هذا الحق فلا يجب[3].

ثانياً : المعقول :

إن المرتهن لا يملك الانتفاع بالمرهون اتفاقا وإذا قلنا إن الراهن لا يستطيع أن ينتفع كذلك لكان تعطيلا لمنفعة العين المرهونة وإضاعة للمال وهو منهي عنه ، فيكون له الانتفاع ولا يملك المرتهن منعه ، وهو عقد يعتبر فيه القبض ، فلم تكن استدامة القبض شرطا كالهبة والقرض.[4]

---

(١) يغلق : غلق الرهن استحقه المرتهن فترك فكاكه وفي الحديث أن لا يستحقه المرتهن بالدين الذي هو مرهون به فلا يملكه صاحب الدين بدينه بل هو لصاحبه ، انظر الفيومي : المصباح المنير ١٠٤/٢ مادة غلق.
الغنم : زيادته والغرم : الهلاك وقيل اللزوم ، انظر الماردينى : الجوهر النقي ٤٢/٦.

(٢) الحديث اخرجه الحاكم : المستدرك ٥١/٢، كتاب البيوع ، صحيح على شرط الشيخين ، والبيهقي : السنن الكبرى ٣٩/٦، كتاب الرهن ، باب الرهن غير مضمون ، والدار قطني : سنن الدار قطني ٣٢/٣، كتاب البيوع ، وقال اسناده متصل. قال في التلخيص : له طرق في الدار قطني ، والبيهقي كلها ضعيفة ، وقوى ابو داود ارساله ، وصحح ابن عبد البر وصله ، وله رواية موقوف ، ورواية مرفوع ، انظر نيل الاوطار ٢٦٥/٥، وفي الجوهر النقي للماردينى : ان الحديث عند اهل العلم بالنقل مرسل ، وان كان قد وصل من جهات كثيرة فإنهم يعللونها ، انظر الجوهر النقي ٤٠/٦ ، مطبوع مع سنن البيهقي ، وفي ارواء الغليل : في رواية ابي هريرة روي مرفوعا وصح على شرط الشيخين وهذا اسناد حسن متصل. انظر ارواء الغليل ٢٤٢/٥.

(٣) الشربيني : مغني المحتاج ١٣١/٢.

(٤) النووي : المجموع شرح المهذب ١٩٢/٣.

الترجيح :

بعد استعراض أقوال الفقهاء أرى أن الراجح هو القول باستدامة القبض، للأسباب التالية :

أولاً : إن الاحكام الشرعية تنعطف على وفق المعاني اللغوية فيكـــون المعنـــى اللغـــوي ملاحظا فيه المعنى الشرعي وهو دوام الحبس ، فإذا لم يدم فـــي يـــده زال ذلـــك المعنى.

ثانيا : أن دعوى الانتفاع وتعطيل المنافع يمكن تلافيها كايجارها بحيث لا يخرج عن يـــد المرتهن كايجار آلة يشغلها المرتهن مثل آلة الطحن ، وأن ينب المرتهن بأن ينتفـــع عن الراهن ولحسابه أو يأذن المرتهن للراهن بالانتفاع بالرهن ، ولأن المرهـــون باق على ملك الراهن وقد قبضه المرتهن توثيقا لدينه ، فإذا لم يكن بيده لم تحصـــل وثيقة بخلاف الهبة، فالقبض في ابتدائها ينقل الملك للموهوب فإذا ملكه استغنى عن دوام القبض، ولأن القبض شرط لزومه كذلك استدامته في يده شرط لزوم ولفســـاد ذمم الناس اليوم وخرابها فيندفع الراهن الى السعي لفكاك رهنه وعدم المماطلة فـــي ذلك والله اعلم.

المبحث الثالث

آثار القبض في العقود

الأثر في اللغة[1] : البقية ، وهو النتيجة والحاصل من الشيء ، ويطلق على معان لغوية كثيرة، منها : الخبر : وهو الحديث المرفوع ، أو الموقوف ، أو المقطوع ، ويطلق على بقية الشيء كبقية النجاسة ونحوها ، ويطلق على ما يترتب على الشيء ، وهو ما يسمى بالحكم كما إذا اضيف الأثر الى الشيء فيقال : أثر العقد ، وأثر الفسخ ، وأثر النكاح ، فالفقهاء يعتبرون الأثر في العقد هو ما شرع العقد له كانتقال الملكية في البيع ، ومن أهم آثار القبض : انتقال الضمان ، والتسلط على التصرف ، ووجوب بذل العوض للمقبوض منه.

---

(١) الفيومي : المصباح المنير ٧/١ ، مادة أثر ، الجرجاني : التعريفات ، ص٧، مادة أثر.

المطلب الأول

انتقال الضمان الى القابض

الضمان لغة[١] : الإلتزام : يقال ضمنته المال : ألزمته إياه ، وهو رد مثل الشيء الهالك أو قيمته[٢] ، واستعمله الفقهاء في عدة معان مختلفة : فعند جمهور الفقهاء[٣]: من غير الحنفية أطلقوا الضمان على كفالة النفس ، وكفالة المال حتى عنونوا للكفالة بالضمان. وعند الحنفية[٤] استعمل بمعنى الالتزام بتعويض مالي عن ضرر الغير ، فهو عبارة عن رد مثل الهالك إن كان مثليا ، أو قيمته إن كان قيميا، **فالضمان بشموله هو** : "شغل الذمة بحق أو بتعويض عن ضرر"[٥]. والمراد بالضمان في هذا المطلب هو تحمل القابض لتبعة الهلاك أو النقصان أو التعييب الذي يطرأ على أحد عقود الضمان ، وبما أن من أسباب الضمان الالتزام بالعقد ، فالعقود بالنسبة للضمان أربعة أقسام[٦] :

القسم الأول : عقود شرعت لإفادة الضمان بذاته كالكفالة .

القسم الثاني : عقود شرعت للربح والملك لا لإفادة الضمان ، فالضمان أثر لازم لأحكامها ، ويكون المال المقبوض فيها مضموناً على القابض بأي سبب تلف كالبيع.

القسم الثالث : عقود الأمانة ، والحفظ ، والربح في بعض الأحيان ويكون المال المقبوض فيها أمانة في يد القابض لا يضمنه إلا بالتعدي والتقصير.

---

(١) الفيومي : المصباح المنير ٤٣٠/٢، مادة ضمن.

(٢) البستاني : بطرس البستاني : محيط المحيط ، ص ٥٣٩، مادة ضمن ، طبعة جديدة لسنة ١٩٨٧.

(٣) الشربيني : مغني المحتاج ١٩٨/٢، ابن قدامة : المغني والشرح الكبير ٥٣٤/٤.

(٤) الحموي : أحمد بن محمد الحنفي الحموي : غمز عيون البصائر شرح الاشباه والنظائر٤/، الناشر : دار الكتب العلمية-بيروت ، الطبعة الاولى لسنة ١٤٠٥هـ.

(٥) فيض الله : محمد فوزي فيض الله : نظرية الضمان في الفقه الاسلامي ص ١٤، الناشر : مكتبة دار التراث ، الطبعة الثانية ، ١٤٠٦هـ-١٩٨٦م.

(٦) فيض الله : نظرية الضمان ص ٢٥، الزرقاء : المدخل الفقهي العام ، فقرة ٣٠٣ من ص ٦٢٩-٦٣١.

القسم الرابع : عقود ذات أثر مزدوج تنشئ ضمانا من وجه ، وأمانة من وجه آخر كالاجارة .

والذي يعنينا في هذا المطلب العقود التي يكون القبض فيها ناقلا للضمان دون غيرها ، على التفصيل التالي :

العقد الأول : الضمان في عقد البيع اللازم :

اختلف الفقهاء في من يكون عليه ضمان المبيع قبل قبضه ، وبعد قبضه ، على قولين:

القول الأول : لجمهور الحنفية[١] ،والمالكية[٢]، والشافعية[٣]، وقول للحنابلة[٤]:

حيث ذهبوا الى أن البيع الصحيح اللازم يكون المبيع فيه من ضمان البائع حتى يقبضه المشتري فينتقل الضمان اليه بالقبض ، إلا أن المالكية حصروا ذلك في ست صور:

الأولى : ما لوكان المبيع فيه حق توفية لمشتريه ، وهو المثلي من مكيل ، أو موزون ، أو معدود ، حتى يفرغ في أواني المشتري ، فإذا هلك بيد البائع عند تفريغه فهو من ضمان البائع.

الثانية : السلعة المحبوسة عند بائعها لأجل قبض الثمن.

الثالثة : المبيع الغائب على الصفة ، أو على رؤية متقدمة ، لا يدخل في ضمان المشتري الا بالقبض.

---

(١) الكاساني : بدائع الصنائع ٥/٢٣٨.

(٢) ابن جزي : القوانين الفقهية ١٦٤.

(٣) النووي : روضة الطالبين ٣/١٥٥.

(٤) ابن قدامة : الشرح الكبير مع المغني ٤/١١٦.

الرابعة : المبيع بيعا فاسدا.

الخامسة : الثمار المبيعة بعد بدو صلاحها تدخل في ضمان المشتري بعد الامن من الجائحة.

السادسة : الرقيق حتى تنتهي عهدة الثلاثة أيام عقب البيع.

وقيد الحنابلة ذلك فيما إذا كان في المبيع حق توفية ، من كيل ، أو وزن ، أو عد ، أو ذرع إذا بيعت على ذلك ، وكذلك المبيع إذا بيع برؤية ، أو بصفة متقدمة وذلك أن موجب العقد انتقال الملكية وهذا يقضي بالزام البائع بتسليم المبيع وفاء بالعقد، ولأن الملك لا يثبت لعينه وإنما يثبت وسيلة الى الانتفاع بالمملوك ، ولا يتهيأ ذلك الا بالقبض ، فكان ايجاب الملك في المبيع ايجابا لتسليمه له ضرورة.

القول الثاني : للمالكية[١] ، والحنابلة[٢] ، والظاهرية[٣] :

حيث ذهبوا الى أن انتقال الضمان في عقد البيع الصحيح يكون بنفس العقد سواء قبضه المشتري ، أو لم يقبضه ، وأطلق الظاهرية القول في انتقال الضمان الى المشتري بنفس العقد.

الترجيح :

بعد استعراض أقوال الفقهاء أرى أن الراجح هو انتقال الضمان بالقبض ، لأن البائع ملتزم بإقباض المبيع للمشتري بالعقد ، فهو في ضمانه وعهدته ، حتى يفي بالتزامه وعند ذلك يزول الضمان عنه لإنقضاء الإلتزام بالتسليم ، والله اعلم.

---

(١) الدردير : الشرح الكبير ١٤٦/٣.

(٢) ابن اضويان : ابراهيم بن محمد بن سالم بن اضويان : منار السبيل في شرح الدليل ٣٠٤/١ ، الناشر مكتبة العارف- الرياض، الطبعة الثانية لسنة ١٤٠٥هـ.

(٣) ابن حزم : المحلي ٣٧٩/٨.

هلاك المبيع :

من أهم أحكام الضمان وما يستوجبه هلاك المبيع. وهلاك المبيع إما أن يكون قبل القبض ، أو بعده ، وإما أن يكون الهلاك كليا أو جزئيا ، ويختلف الحكم تبعا لذلك ، وتبعا لمن يصدر منه الهلاك على التفصيل التالي:

أولا : الهلاك الكلي للمبيع قبل القبض :

١. **الهلاك بآفة سماوية :**

وهي مالا صنع للآدمي فيه كالريح والعطش والحر والبرد والدود والسيول ونحوه[١]، واختلف الفقهاء على قولين ، وبيان ذلك فيما يلي :

القول الأول : الجمهور من الحنفية[٢] ، والمالكية[٣] ، والشافعية[٤]، ورواية للحنابلة[٥]:

أن البيع ينفسخ ويسقط الثمن عن المشتري وله استرداد الثمن إن كان قد دفعه للبائع ، فتكون تبعة الهلاك على البائع فيهلك على ضمانه ، وقيد الحنابلة ذلك في المكيل والموزن ، وما بيع برؤية أو صفة متقدمة ، واستدلوا على ذلك بما يلي :

أولا : السنة النبوية الشريفة :

أ. أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : "**لا يحل سلف[٦] وبيع ، ولا شرطان[٧] في بيع ، ولا ربح ما لم يضمن**"[٨] ، والمراد به ربح ما بيع قبل القبض.

---

(١) الثنيان : سليمان ابراهيم الثنيان : الجوائح وأحكامها ، ص٥٥ ، الناشر : عالم الكتب، الرياض ، الطبعة لسنة : ١٤١٣هـ.

(٢) الكاساني : بدائع الصنائع ٢٣٨/٥.

(٣) الدسوقي : حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ١٤٧/٣.

(٤) الشربيني : مغني المحتاج ٦٥/٢ ، البرازي : المهذب ٧٠/٢.

(٥) البهوتي : كشاف القناع عن متن الاقناع ٢٤٢/٣-٢٤٤.

(٦) السلف : القرض : وهو أن يقرضه قرضا ثم يبايعه عليه بيعا يزداد عليه وهو فاسد لأنه إنما يقرضه على ان يحابيه في الثمن وقد يكون بمعنى السلم مثل ان يقول : ابيع عبدي هذا بألف على أن تسلفني مائة في كذا وكذا ، انظر الشوكاني نيل الأوطار ٢٠٢/٥.

(٧) شرطان : كأن يقول بعتك هذا العبد بألف نقدا أو بألفين نسيئة فهذا بيع واحد تضمن شرطين يختلف المقصود فيه باختلافهما ، انظر الشوكاني نيل الأوطار ٢٠٢/٥،٢٠٣.

(٨) الحديث أخرجه أبو داوود : سنن ابو داود ٢٨٣/٣، كتاب البيوع ، باب فر الرجل يبيع ما ليس عنده ، رقم الحديث (٣٥٠٤) ، والدار قطني : سنن الدار قطني ٤/٣ ، والترمذي : سنن الترمذي ٥٣٥/٣، كتاب البيوع ، باب كراهية بيع ما ليس عندك ، رقم الحديث ١٢٣٤، وقال حسن صحيح ، والحاكم : المستدرك ١٧/٢، كتاب البيوع ، صحيح على شرط مسلم ووافقه الذهبي ، والنسائي : سنن النسائي ٤٣/٤ ، كتاب البيوع ، باب بيع ما ليس عند البائع ، رقم الحديث (٦٢٢٦). رواه الخمسة ، وصححه الترمذي ، وابن خزيمة ، والحاكم وأخرجه من وجه آخر ، وأخرج حديث الحاكم الطبراني في الاوسط وهو غريب ، وقد رواه جماعة واستغربه الترمذي. انظر الصنعاني : سبل السلام ١٦/٣.

ب. أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : "**الخراج بالضمان**"[١]. والخراج هو : الغلة والكراء ، فما دام المبيع بيد البائع ، ولم يقبضه المشتري خاصة ، إذا كان مكيلا ، أو موزونا ، أو معدودا ، فخراجه للبائع ، لأنه على ملكه وضمانه كون عليه حتى يتم اقباضه للمشتري.

ثانيا : المعقول[٢] :

إن المبيع قبل قبض المشتري له يكون في ضمان البائع ، لأنه لو بقي عقد البيع ولم ينفسخ أوجب مطالبة المشتري بالثمن ، وإذا طالبه بالثمن فالمشتري يطالبه بتسليم المبيع ، وهو عاجز عن التسليم لاستحالة التنفيذ بهلاكه فتمتنع المطالبة أصلاً ، فلم يكن فائدة في بقاء البيع فينفسخ ، وإذا انفسخ البيع سقط الثمن عن المشتري ، لأن انفساخ البيع هو ارتفاع العقد من الأصل كأن لم يكن.

القول الثاني : للمالكية[٣] :

إذا كان البيع صحيحا لازما فإن الضمان على المشتري لأن الضمان ينتقل بالعقد ولو لم يقبض المشتري المبيع.

الترجيح :

بعد استعراض أقوال الفقهاء أرى أن الراجح هو قول الجمهور لأنه عاجز عن التسليم لاستحالة التنفيذ بهلاك المبيع فلم يكن فائدة في بقاء البيع ، والله أعلم.

---

(١) الحديث أخرجه النسائي : النسائي بشرح السيوطي ٣٥٥/٧، كتاب البيوع ، باب الخراج بالضمان ، رقم الحديث (٦٠٨١) ، وابو داود : سنن ابو داود ٢٨٤/٣،كتاب البيوع ، باب الخراج بالضمان ، والحاكم : المستدرك ١٥/٢، وابن ماجة : سنن ابن ماجة /٧٥٤، كتاب البيوع ، باب الخراج بالضمان ، والدار قطني : سنن الدار قطني ٥٣/٣ ، كتاب البيوع. رواه الخمسة ، وضعفه البخاري لأن فيه مسلم بن خالد الزنجي وهو ذاهب الحديث ، وصححه الترمذي، وابن خزيمة ، وابن الجارود ، وابن حبان ، والحاكم ، وابن القطان ، وأخرجه الشافعي ، وله في سنن ابي داود طريقان رجالها رجال الصحيح ، وقد وثق ابن معين مسلم الزنجي ، ومتفق على الاحتجاج به ، انظر الشوكاني: نيل الاوطار ٢٤١/٥.

(٢) الكاساني : بدائع الصنائع ٢٣٨/٥.

(٣) الدردير : الشرح الصغير ٧٠/٢، مطبوع مع بلغة السالك.

٢. الهلاك بفعل المشتري :

إن المبيع إذا هلك بفعل المشتري فإنه يكون على ضمانه ، ويعتبر ذلك قبضـــا ، فعليه لا ينفسخ البيع ،ويجب عليه أداء الثمن لأنه لا يمكنه اتلافه إلا بعد اثبات يده عليــه وهو معنى القبض باتفاق الفقهاء.[1]

٣. هلال المبيع بفعل البائع :

اختلف الفقهاء في ذلك على ثلاثة أقوال :

القول الأول : للحنفية[2] ، وقول للشافعية[3] :

إذا هلك المبيع بفعل البائع يهلك على ضمان البائع ، لأن المبيع فـــي يـد البــائع مضمون بأحد الضمانين وهو الثمن ، ألا ترى أنه لو هلك في يد البائع سقط الثمن عــن المشتري فلا يكون مضمونا بضمان آخر إذ المحل الواحد لا يقبل ضمانين.

القول الثاني : للمالكية[4] :

إذا هلك المبيع بفعل البائع فإنه يوجب عوض المتلَف للمشتري سواء كان التلـــف عمدا أم خطئا ولا خيار للمشتري ، وهذا في البيع البت ، اما في بيع الخيار ، والخيـــار للمشتري فاتلاف البائع للمبيع عمدا يكون من ضمانه بأكثر القيمة ، وفي الخطـــأ ينفسـخ البيع.

القول الثالث : للحنابلة[5] :

فرق الحنابلة بين المبيع الذي يحتاج الى حق توفية وبين غيره ، ففي المبيع الذي

---

(١) الكاساني : بدائع الصنائع ٢٣٩/٥ ، الدسوقي : حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ١٥١/٣ ، الشربيني: مغني المحتاج ٧٣/٢ ، البهوتي : كشاف القناع عن متن الاقناع ٢٠٦/٣-٢١٠.

(٢) الكاساني : بدائع الصنائع ٢٣٨/٥.

(٣) الشربيني : مغني المحتاج ٦٦/٢.

(٤) الدسوقي : حاشية الدسوقي ١٤٧/٣.

(٥) البهوتي : كشاف القناع ٢٤٤/٣.

يحتاج الى حق توفية يخير المشتري بين الفسخ وأخذ الثمن إن كان دفعه وبين امضاء العقد ، لأن الاتلاف كالعيب وقد حصل في موضع يلزم البائع ضمانه ، فكان للمشتري الخيار كالعيب في المبيع. وفيما ليس فيه حق توفية لا ينفسخ البيع ويطالب المشتري البائع بالقيمة وبهذا قال الشافعية[١] ، لأنه أتلف مالا مملوكا للغير بغير إذنه فيجب عليه ضمانه كما لو اتلفه بعد القبض.

الترجيح :

بعد استعراض أقوال الفقهاء أرى أن الراجح هو قول الحنفية وذلك لأن البيع مضمون في يد البائع بالثمن فإذا أتلفه سقط الثمن والمحل الواحد لا يقبل ضمانين ، فيمتنع كونه مضمون بضمان واحد ، والله أعلم.

٤. الهلاك بفعل الأجنبي :

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين :

القول الأول : للمالكية :

إذا هلك المبيع كله بفعل الأجنبي فعليه ضمانه بلا خلاف عمدا كان الاتلاف أو خطأ، لأنه أتلف مالا مملوكا لغيره بغير إذنه ، ولا يد له عليه فيكون مضمونا عليه بالمثل أو القيمة[٢].

القول الثاني : للجمهور من الحنفية[٣] ، وفي الأظهر عند الشافعية[٤] ، والحنابلة[٥] :

إن المشتري بالخيار إن شاء فسخ البيع فيتبع البائع الجاني فيضمنه وإن شاء

---

(١) الشربيني : مغني المحتاج ٦٧/٢.

(٢) الدسوقي : حاشية الدسوقي ١٥٠/٣.

(٣)الكاساني : بدائع الصنائع ٢٣٨/٥-٢٣٩.

(٤) الشربيني : مغني المحتاج ٦٧/٢.

(٥) ابن قدامة : المغني والشرح الكبير ١٢٣/٤.

اختار البيع فيتبع المشتري الجاني بالضمان وعليه الثمن للبائع ، وقيد الحنابلة ذلك بالمكيل والموزون ، وإلا يهلك على حساب المشترى ويتبع المتلف بالضمان.

الترجيـــح :

بعد استعراض أقوال الفقهاء أرى أن الراجح هو قول الجمهور ، لأنه أتلفه في يـــد البائع قبل أن يقبضه المشترى وهو مضمون على البائع إلى أن يقبضــــه المشـــتري والله اعلم.

هلاك المبيع بعد القبض :

يرى جمهور الفقهاء[1] على أنه إذا تلف المبيع بعد القبض فلا ينفسخ بـــه البيـــع ، والهلاك يكون على المشتري وعليه الثمن لأن البيع تقرر بقبض المبيع فتقـــرر الثمـــن. وفصل الحنفية فيما إذا تلف بفعل البائع ففرق الحنفية[2] بين حالتين :

الأولى : إن كان المشتري قبضه بإذن البائع فاستهلاكه واستهلاك الأجنبي سواء .

الثانية : إن كان قبضه بغير إذن البائع صار البائع بالاستهلاك مستردا للمبيع ، فحصـــل الاستهلاك في ضمانه فيوجب بطلان البيع وسقوط الثمن كما لو استهلكه وهو في يده.

الهلاك الجزئي للمبيع :

وإذا هلك المبيع جزئيا فيختلف الحكم تبعا لمن صدر منه الاتلاف على التفصيل التالي :

١.الهلاك بآفة سماوية :

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين :

---

(١) ابن جزي : القوانين ص ٢١٣، الشربيني: مغني المحتاج ٧٣/٢ ، البهوتي : كشاف القناع عن متن الاقناع ٢٠٦/٣-٢١٠.

(٢) الكاساني : بدائع الصنائع ٣٥٠/٥.

القول الأول : للحنفية[1] والشافعية[2] والحنابلة[3] :

إذا ترتب على الهلاك بآفة سماوية نقصان في القدر كالمكيل والموزون فإنه يسقط من الثمن بقدر التالف ويخر المشتري بين أخذ الباقي بحصته من الثمن أو فسخ البيع لتفرق الصفقة ، إلا أن الشافعية قالوا يخير بين الفسخ وبين قبوله ناقصا ولا شيء له لقدرته على الفسخ ، وإذا ترتب على الهلاك نقصان في الوصف وهو ما يدخل في المبيع تبعا من غير تسمية كالشجر والبناء في الأرض واطراف الحيوان والجودة في المكيل والموزون للمشتري الخيار بين الفسخ وبين الامضاء ولم يسقط شيء من الثمن لأن الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن إلا بالعدوان أو تخصيص جزء من الثمن للوصف ، وبهذا قال الشافعية والحنابلة في المكيل والموزون.

القول الثاني : للمالكية[4] :

إذا كان الباقي بعد التلف النصف فأكثر لزم المشتري الباقي بحصته من الثمن وذلك لأن بقاء النصف كبقاء الأكثر فيلزمه في البيع المتعدد الذي لا يتجزأ ، أما البيع المتحد كالفرس ، فالمشتري بالخيار بين الفسخ وبين التمسك بالباقي بحصته من الثمن ، أما إذا كان الباقي أقلمن النصف وجب رد المبيع للاختلال المبيع في الأكثر وهذا في المبيع القيمي أما المثلي فالمشتري بالخيار بين الفسخ وبين التمسك بالباقي بحصته من الثمن لأن مقابله من الثمن معلوم بخلاف المقوم لأنه كإنشاء عقد جديد بثمن مجهول.

٢.الهلاك بفعل البائع :

اختلف الفقهاء على قولين :

---

(١) حيدر : درر الحكام مادة م ٢٣٤ ، الكاساني : بدائع الصنائع ٢٣٩/٥.
(٢) الشربيني : مغني المحتاج ٦٨/٢.
(٣) البهوتي : كشاف القناع ٢٤٢/٣.
(٤) الدسوقي : حاشية الدسوقي ١٤٨/٣، ١٤٩.

القول الأول : للحنفية[١] ، والشافعية[٢] ، والحنابلة[٣] :

إذا هلك المبيع بفعل البائع يخير المشتري بين الامساك وبين الفسخ لتفرق الصفقة، وقيد الحنابلة ذلك في المكيل والموزون إلا أن الشافعية قالوا لا يغرم البائع للمشتري شيئا على المذهب.

القول الثاني : للمالكية[٤] :

إذا كان الاتلاف عمدا والخيار للبائع كان فعله ردا للبيع وفي الخطأ للمشتري الخيار ان شاء تمسك ولا شيء له وإن شاء رد وأخذ الثمن ، وإن كان الخيار للمشتري والاتلاف عمدا يخير بين الرد وبين امضاء البيع وأخذ ارش° الجناية ، وفي الخطأ يأخذه ناقصا ولا شيء له.

الترجيح :

بعد استعراض أقوال الفقهاء أرى أن وجهات نظر الفقهاء قد اختلفت في تقدير ذلك حسب اجتهادهم والكل متفق على رفع الضرر عن المتعاقدين أي كان ، فالخلاف صوري لا حقيقي ، والله أعلم.

٣.الهلاك بفعل الاجنبي[٦] :

يرى جمهور الفقهاء أن المشتري بالخيار بين الفسخ وبين التمسك بالعقد والرجوع على الاجنبي بضمان الجزء الهالك ، إلا ان الشافعية قالوا لا يغرم الاجنبي الأرش الا بعد قبض المبيع لجواز تلفه فينفسخ البيع ، وعند الحنابلة في غير المكيل والموزون لا خيار

---

(١) الكاساني : بدائع الصنائع ٢٤١/٥.
(٢) الشربيني : مغني المحتاج ٦٨/٢.
(٣) ابن قدامة : المغني ١٢٤/٤.
(٤) الدسوقي : حاشية الدسوقي ١٠٥/٣.
(٥) الأرش : أرش الجراحة : ديتها وما يسترد من ثمن المبيع إذا ظهر فيه عيب. انظر الفيومي : المصباح المنير ١٥/١، الزيات : المعجم الوسيط ١٣/١ ، واصطلاحا اسم للمال الواجب على ما دون النفس ، الجرجاني ، ص١٦.
(٦) الكاساني : بدائع الصنائع ٢٤١/٥ ، الدسوقي : حاشية الدسوقي ١٠٤/٣ ، الشربيني : مغنى المحتاج ٦٨/٢، ابن قدامة: المغني ١٢٤/٤.

للمشتري ، وعند المالكية أن أرش ما جنى الاجنبي للبائع والمشتري بالخيار بين أخذه وبين رده ، ولا شيء عليه.

الضمان في البيع الباطل والفاسد :

إن جمهور الفقهاء لا يفرقون في قواعدهم العامة بين البيع الباطل والبيع الفاسد ، والحنفية هم الذين فرقوا بينهما .

أ. الضمان في البيع الباطل :

وهو ما لم يشرع لا بأصله ولا بوصفه ، ولا يثبت الملك في البيع الباطل أصلا ولم تحصل له فائدته ، ولا حكم لهذا البيع في حصول الملك لأن الحكم للموجود ولا وجود لهذا البيع الا من حيث الصورة ، فيبقى في ضمان البائع قبل ان يقبضه المشتري ببقائه في ملكه وتحت يده ، واختلف الفقهاء على قولين فيما إذا قبضه المشتري بإذن البائع فهل ينقل الضمان الى المشتري بالقبض أم يكون في يده أمانة.

القول الأول : للحنفية[١] :

إن المبيع في العقد الباطل يكون أمانة بيد المشتري ، لأنه قبضه بإذن صاحبه في عقد وجد صورة لا معنى ، فالتحق العقد بالعدم وبقي إذنه بالقبض وهو لا يوجب الضمان إلا بالتعدي ولا يُملك عندهم بالقبض ، لأن الشرع أمر بإهانة المبيع في العقد الباطل وفي تملك المبيع في العقد الباطل إعزازاً له فكان باطلا كبيع الميتة.

---

(١) ابن عابدين : رد المحتار على الدر المختار٥/٥٩.

القول الثاني : لجمهور الفقهاء من المالكية[1]،والشافعية[2]،والحنابلة[3]،وبعض الحنفية[4] :

أنه ينتقل ضمانه بالقبض ، لأن المقبوض على حكم هذا البيع لا يكون دون المقبوض على سوم الشراء وذلك مضمون عليه فهذا يكون مضمونا من باب أولى ، فإن هلك فعليه أداء مثله إن كان مثليا أو قيمته إن كان قيميا.

الترجيح :

بعد استعراض أقوال الفقهاء أرى أن الراجح هو قول الحنفية لقوة أدلتهم ولأن الشرع أمر بإهانة المبيع في العقد الباطل ، ويجب رده حقا لله تعالى ، والله أعلم.

ب. الضمان في البيع الفاسد :

هو كل بيع فاته شرط من شروط الصحة كالجهالة في المبيع ، أو كان منهيا عنه ، أو لغرر ، مع الاتفاق على وجوب فسخه وخبث الربح الذي ينشأ عنه اختلف الفقهاء في ضمان المبيع بالعقد الفاسد بعد قبضه إذا هلك على قولين :

القول الأول : المختار عند الحنفية[5] وللمالكية[6] :

أنه يفيد الملك إذا اتصل به القبض ولم يكن فيه خيار شرط ، وقيد المالكية ذلك بافتيات المبيع ، حيث يدخل المبيع في البيع الفاسد في ضمانه لأنه لم يقبضه على جهة

---

(١) القرافي : الفروق ٢/٢٠٧.

(٢) النووي : روضة الطالبين ٣/٧٢.

(٣) البهوتي : كشاف القناع عن متن الاقناع ٣/١٩٧.

(٤) الكاساني : بدائع الصنائع ٥/٣٠٥.

(٥) الحصفكي : حاشية الدر شرح تنوير الابصار ٥/٦٠.

(٦) الشاذلي : كفاية الطالب الرباني وحاشية العدوي٢/١٤٨، الابي الازهري : جواهر الاكليل ٢/٤٠.

الامانة، وإنما قبضه على جهة التمليك ، ولا ينتقل اليه الملك بالقبض ولا بد من فواته لانتقال الملك الى المشتري في الفاسد بالاضافة الى قبضه. واستدلوا على ذلك بما يلي :

اولاً : السنة النبوية الشريفة :

حديث بريرة حيث امر النبي صلى الله عليه وسلم عائشة رضي الله عنها أن تشتريها وتعتقها والولاء لها ، وابطل شرط الولاء أن يكون لأهلها. فأجاز البيع مع ان اشتراط الولاء لأهلها باطل ألغاه.

ثانيا : المعقول :

إن العقد صدر من أهله في محله لكنه ملك خبيث حرام لمكان النهي ، وقد حصل عليه الضمان للبدل عن عقد فيه تسليط لأنه المالك فوجب أن يملكه كما لو كان العقد صحيحا. ويكون مضمونا في يد المشتري بالمثل ، أو القيمة ، بعد هلاكه أو تعذر رده من حين القبض لا من وقت العقد(١).

القول الثاني : للشافعية(٢) ، والحنابلة(٣) :

أن المبيع في العقد الفاسد لا يملك بالقبض ، ولا ينفذ التصرف فيه ببيع ، ولا هبة لكنه يضمن ضمان الغصب ، وعليه مؤنة رده كالمغصوب ، ونقصانه وزوائده مضمونة، وفي تعييبه أرش النقص ، وفي تلفه وإتلافه الضمان ، واستدلوا على أنه لا يملكه بالقبض قياسا على الثمن إذا كان ميتة أو دما ، وتضمن قيمته أكثر ما كانت من حين القبض الى حين التلف كالمغصوب على المشهور من قول الشافعية ، وعلله الحنابلة بأنه مضمون بعقد فاسد ، فلم يملكه كالميته ، فكان مضمونا في جملته.

الترجيح :

بعد استعراض أقوال الفقهاء أرى أن الراجح قول الحنفية ، لأن ركن البيع صدر من شخص تتوفر فيه أهلية التعاقد ، وقد اضيف العقد الى محل البيع فوجب القول

---

(١) العيني : البناية في شرح الهداية ٤٤٧/٦.
(٢) الشيرازي : المهذب ٢٣/١.
(٣) ابن تيمية : مجموع فتاوى ابن تيمية ٣٢٧/٢٩، ابن قدامة : الشرح الكبير ٥٦/٤.

بانعقاده، وكل بيع كان كذلك فهو يفيد الملك ، وهذا البيع يفيده ايضا ، ويمكن تصحيحه بإزالة الشرط الفاسد، والله أعلم.

ضمان المقبوض على سوم الشراء :

وهو ان يقبض المساوم المبيع بعد معرفة الثمن ، وبعد الشراء فيقول للبائع : هاته. فإن رضيته اشتريته ، ولا بد فيه عند الحنفية[١] من توافر شرطين : الأول : أن يكون الثمن مسمى في العقد من البائع او المشتري. والثاني أن يكون القبض بقصد الشراء لا لمجرد النظر، وفي هذه الحالة إذا هلك في يد المشتري فإنه يضمنه بالقيمة بالغة ما بلغت يوم القبض، كما في البيع الفاسد ، أما إذا استهلكه فيجب فيه الثمن لا القيمة ، لأنه بالاستهلاك يعتبر راضيا بامضاء العقد بثمنه[٢].

وللشافعية[٣] أن المأخوذ بالسوم مضمون كله إن أخذه لشرائه كله ، وإلا فقدر ما يريد شراءه.

وللحنابلة[٤] أنه مضمون إذا تلف مطلقا لأنه مقبوض على وجه البدل والعوض.

الترجيح :

بعد استعراض أقوال الفقهاء أرى أن الراجح قول الحنفية وذلك لأن قبضه بقصد الشراء والثمن مسمى في العقد من البائع أو المشتري ، والله أعلم.

---

(١) البغدادي : أبو محمد بن غانم بن محمد البغدادي : مجمع الضمانات ٢١٣، الناشر : عالم الكتب-بيروت ، الطبعة الاولى لسنة ١٤٠٧هـ.

(٢) ابن عابدين : الدر المحتار على الرد المختار ٥١/٤ ، القليوبي وعميرة : حاشية القليوبي ٢١٤/٢ ، البهوتي : كشاف القناع عن متن الاقناع ٣٧٠/٣.

(٣) القليوبي وعميرة : حاشية القليوبي ٢١٤/٢.

(٤) البهوتي : كشاف القناع عن متن الاقناع ٣٧٠/٣.

العقد الثاني : الضمان في عقد الإجارة :

ضمان المؤجر :

المنافع على ضربين فقد تكون المنفعة بمجردها هي المعقود عليها ، وتتحدد بالمدة كإجارة الدور للسكنى ، والسيارات للنقل فهي واردة على منافع الاعيان. وقد تكون المنفعة المعقود عليها عملا معلوما يؤديه العامل كبناء الدار ، وإصلاح الأجهزة الآلية ، فهي واردة على العمل.

ويكون الضمان في عقد الإجارة على التفصيل التالي :

أولاً : الضمان في إجارة منافع الاعيان[1] :

إذا كانت المنفعة المعقود عليها هي مجرد سكنى الدار ، أو ركوب وسيلة نقل ، فيفرق في الضمان بين العين المأجورة وبين المنفعة المعقود عليها. فلا خلاف بين الفقهاء أن العين المعقود عليها ومنافعها قبل القبض تكون في ضمان المؤجر ، ولا خلاف ايضا بينهم في أن ضمان العين لا ينتقل الى المستأجر بعد القبض ، وإنما تكون أمانة في يده ، فإن تلفت من غير تقصير أو تعد فلا ضمان عليه ، لأنه قبض مأذون فيه، فلا يكون موجبا للضمان كالوديعة ، سواء كانت الإجارة صحيحة ، أم فاسدة لأن المستأجر قبض العين لاستيفاء منفعة يستحقها منها ، فلا يضمنها كما إذا قبض النخلة التي اشترى ثمرتها. قال ابن قدامة : "لا نعلم في هذا خلافا".[2]

ثانياً: ضمان المنفعة المعقود عليها :

إن المنفعة المعقود عليها كسكنى الدار ، وركوب وسيلة النقل مضمونة بضمان بدلها على المستأجر بمجرد تمكنه من استيفائها بلا خلاف في الاجارة الصحيحة ، سواء انتفع بها المستأجر أم لا[3]، أما إذا كانت فاسدة ، فاختلف الفقهاء في ذلك على قولين :

---

(١) الكاساني : بدائع الصنائع ٢١٠/٤ ، ابن جزي : القوانين الفقهية ٢٣٩ ، الشربيني : مغني المحتاج ٣٥١/٢، البهوتي : كشاف القناع عن متن الاقناع : ٣/ ٥٤٦، ابن قدامة : الشرح الكبير ١١٧/٦.

(٢) ابن قدامة : المغني والشرح الكبير ١١٧/٦ .

(٣) الكاساني : بدائع الصنائع ١٩٥/٤ ، الشربيني : مغني المحتاج ٣٥٨/٢ ، ابن رجب : القواعد في الفقه الاسلامي ص٧٧.

القول الأول : للحنفية[١] ورواية عند الحنابلة[٢] :

حيث فرقوا بين الاجارة الصحيحة والفاسدة ، ففي الصحيحة عندهم يضمن الأجرة المتفق عليها مهما بلغت ، وأما في الإجارة الفاسدة فضمان الأجرة منوط باستيفاء المنفعة، فلا تجب الأجرة إلا بالانتفاع لأن المنافع في الإجـــارة الفاســدة لا تملــك إلا بــالقبض كالغصب، فلا بد فيها من استيفاء المنفعة حقيقة.

القول الثاني : للجمهور من المالكية[٣] ، والشافعية[٤] ، وقــول عنــد الحنفيــة[٥]، والحنابلة[٦] :

إن الفاسدة كالصحيحة ، وإنه يجب في الضمان أجر المثل بالغا ما بلغ لأن المنافع منقومة فتجب القيمة بالغة ما بلغت كبيع الأعيان ، لأنه في بيع الأعيان إذا فسد البيع تعتبر القيمة بالغة ما بلغت فكذا بيع المنافع ، لأن الإجارة نوع بيع.

الترجيح :

بعد استعراض آراء الفقهاء أرى أن الراجح قبض العين كاف لنقــل الضمــان ، ويحصل ذلك بالتمكن من الانتفاع سواء استوفى المنافع أم لا ، لأن القصور عندئــذ مــن المستأجر وتلف المعقود عليه تحت يده لتمكنه منه ، فاستقر عليه بدله كــالبيع فــي يــد المشتري ، والله أعلم.

---

(١) داماد : مجمع الانهر شرح ملتقى الابحر ٣٨١/٢.
(٢) ابن قدامة : المغني والشرح الكبير ١٦/٦.
(٣) ابن جزي : القوانين الفقهية ص٢٣٩.
(٤) الجمل : حاشية الجمل على المنهج ٥١٠/٥.
(٥) الكاساني : بدائع الصنائع ١٩٥/٤.
(٦) البهوتي : كشاف القناع عن متن الإقناع ٣٧/٤ .

الضمان في إجارة الأعمال :

إذا كانت المنفعة المعقود عليها هي انجاز عمل من الأعمال كالبناء ، والخياطة فيختلف الضمان بحسب صفة العامل وهو الأجير ، لأنه إما أن يكون أجيرا خاصا ، أو أجيرا مشتركا(١) .

أولا : الأجير الخاص :

وهو الذي يقع العقد عليه في مدة معلومة يستحق المستأجر نفعه في جميعها(٢) ، فيتقبل العمل من واحد ، ويعمل له مدة معلومة ، ويستحق الأجر بالوقت دون العمل لاختصاص المستأجر بمنفعته في مدة الإجارة دون أن يشاركه فيها غيره ، كرجل استأجر لرعي غنم يوما. فالأجير الخاص أمين ، فلا يضمن ما هلك في يده من مال ، أو ما هلك بعمله إلا بالتعدي ، أو التقصير وله الأجرة كاملة(٣) ، وذلك لأن العين أمانة في يده ، وقبضه بإذن صاحبها فلا يضمن ولأن المنافع تصير مملوكة للمستأجر لكونه يعمل في حضوره ، فإذا أمره بالتصرف في ملكه صح ويصير نائبا منابه ، ويصير فعله منسوبا إليه ، كأنه فعله بنفسه فلهذا لا يضمن(٤).

ثانيا : الأجير المشترك :

وهو الذي يقع العقد معه على عمل معين لأكثر من رجل(٥) كالطبيب ، والمهندس. فيتقبل العمل من أكثر من واحد ولا يستحق الأجرة حتى يعمل.

اختلف الفقهاء في تضمين الاجير المشترك على قولين :

---

(١) نظام وجماعة علماء الهند : الفتاوى الهندية ٥٠٠/٤.

(٢) ابن قدامة : المغني والشرح الكبير ١٠٥/٦ ، ابن عابدين : حاشية الرد ٦٤/٦.

(٣) حيدر : شرح الدرر ٢٩٧/٢ ، مالك : المدونة ٣٧٤/٣ ، الجمل : حاشية الجمل على المنهج ٥٤٠/٥ ، الفتوحى : منتهى الارادات ٤٩٢/١.

(٤) الميرغناني : الهداية ٣٤٦/٣ ، الصاوي : بلغة السالك الى اقرب المسالك على الشرح الصغير ٤١/٤ ، الشيرازي: المهذب ٤٠٨/١ ، البهوتي : كشاف القناع عن متن الإقناع ٢٥/٤.

(٥) ابن قدامة : المغني والشرح الكبير ١٠٥/٦.

القول الأول : للحنفية[1] ، والمالكية[2] ، والشافعية[3] ، والحنابلة[4] :

ان الاجير المشترك يضمن ما تلف بيده ، الا أن منهم من أطلق القـــول بذلـــك ، ومنهم من قيد هذ القول بالشروط التالية :

أولا : أن يكون بوسعه دفع الهلاك لكنه لم يفعل :

ثانيا : أن يكون المحل الهالك متمكنا منه الأجير بالتخلية.

ثالثا : أن يكون المضمون مما يجوز ضمانه بالعقد كالسلعة[5] .

رابعا : أن يكون المصنوع مما يغاب عليه ويمكن اخفاؤه كالثياب والحلي.

خامسا : أن لا يكون في الصنعة تغرير ، كحرق الخبز عند الفران فلا ضمان عليه إلا أن يتعدى[6].

واستدلوا على ذلك بما يلي :

أولا : السنة النبوية الشريفة :

أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : "**على اليد ما أخذت حتى تؤديه**".[7]

وجه الاستدلال : عجز الأجير عن رد المستأجر فيه بسبب هلاكه فيلزم برد قيمتـــه بدلا عنه.

---

١ الكاساني : بدائع الصنائع ٢١٠/٤.
مالك : المدونة ٣٧٤/٣.
٢ الشربيني : مغني المحتاج ٣٥٢/٢.
٣ ابن قدامة : المغني والشرح الكبير ١٠٧/٦.
(٥) البغدادي : مجمع الضمانات ٢٨.
(٦) الخرشي : حاشية الخرشي على خليل ٢٨/٧.
(٧) الحديث أخرجه أبو داود : سنن ابي داود ٢٩٦/٣ ، كتاب البيوع ، باب تضمين العارية رقم الحديث (٣٥٦١) ، وابن ماجة : سنن ابن ماجة ٨٠٢/٢ ، كتاب الصدقات ، باب العارية ، والترمذي : سنن الترمذي ٥٦٦/٣ ، كتاب البيوع ، باب ما جاء في أن العارية مؤداة ، رقم الحديث (١٢٦٦) ، وقال حسن صحيح ، والحاكم : المستدرك ٤٧/٢، كتاب البيوع ، صحيح على شرط مسلم ، والبيهقي : السنن الكبرى ٩٠/٦ ، كتاب العارية، باب العارية مضمونة. وفيه أن الحسن نسي حديثه وقال : هو امينك لا ضمان عليه ، فالحديث مختلف فيه في سماع الحسن من سمرة.انظر الصنعاني : سبل السلام ٦٧/٣، وقال في الجوهر النقي : يحتمل أن الحسن لم ينس الحديث وانما رغب عنه لضعفه ٩٠/٦.

ثانيا : الآثار :

أ. ما أثر عن الصحابة أنهم كانوا يضمنون الصناع ، كعمر ، وعلي رضي الله عنهما، وبعض التابعين[1] كشريح.[2]

ب. روى جعفر بن محمد[3] عن أبيه عن علي رضي الله عنه أنه كان يضمن الصناع والصواغ ، وقال : لا يصلح الناس إلا ذلك. وروي مثله عن عمر رضي الله عنه أنه كان يضمن الأجير المشترك احتياطا لأموال الناس.[4]

ثالثا : المعقول :

إن الأجراء الذين يتسلمون العين لصناعتها من غير شهود عليهم يخاف الخيانة منهم ، فلو علموا أنهم لا يضمنون لما ائتمنوا على أموال الناس ، ولأدى ذلك الى هلاك أموالهم خاصة انهم ليسوا عاجزين عن دعوى الهلاك ، وهذا المعنى لا يرد في الحرق الغالب أو السرقة الغالبة.[5] وضمان الأجير المشترك قد وجب بسبب جنايته ، فلا فرق بين حضور المالك وغيبته بالعدوان ، وعمل الأجير المشترك مضمون عليه ، فما نتج يجب أن يكون مضمونا كالعدوان بقطع عضو بدليل أنه لا يستحق العوض إلا بالعمل وأن الثوب قد تلف في حرزه بعد عمله، فلم يكن له أجر فيما عمل فيه فذهاب عمله يعتبر من ضمانه.[6]

---

(١) ابن قدامة : المغني والشرح الكبير ١٠٦/٦ ، النووي : المهذب ٤٠٨/١.

شريح : ت(٧٨هـ) : شرح بن الحارث بن الجهم بن الكندي ابو امية ، من اشهر القضاة والفقهاء في صدر الاسلام، اصله من اليمن ، وولي قضاء الكوفة في زمن عمر وعثمان الى خلافة معاوية ، كان ثقة في الحديث مامونا في القضاء ومات في الكوفة. انظر الاعلام للزركلي ١٦١/٣، الطبعة الخامسة.

(٢) الصادق : (٨٠-١٤٨هـ) : جعفر بن محمد الباقر بن علي زين العابدين بن الحسين السبط الهاشمي القرشي ، أخذ عنه الامامان أبو حنيفة ومالك. انظر الاعلام للزركلي ١٢٦/٣. الطبعة الخامسة.

(٤) ابن قدامة : المغني والشرح الكبير ١٠٦/٦ ، النووي : المهذب ٢٦٧/٢.

(٥) الكاساني : بدائع الصنائع ٢١٠/٤.

(٦) ابن قدامة : المغني والشرح الكبير ١٠٧/٦.

القول الثاني : للحنفية[1] ، وقول للمالكية[2] ، والشافعية[3] ، والحنابلة[4]:

إن العين إن تلفت في حرز الأجير المشترك من غير تعد ولا تقصير لا ضمان عليه لأنها عين مقبوضة بعقد الإجارة فلم تكن مضمونة كالعين المستأجرة ، ولأنه قبضها بإذن مالكها لنفع يعود اليهما فلم يضمنها كالمضارب ، وكما لو تلفت بأمر غالب بخلاف العارية فإنه ينفرد بنفعها.

واستدلوا بما يلي :

ان الأصل لا يجب الضمان إلا على المعتدي لقوله تعالى : **﴿فلا عدوان إلا على الظالمين﴾**[5] والأجير غير متعد لأنه مأذون في القبض وهلاك المستأجر فيه ليس من صنعه، فلا يجب الضمان عليه ، ولهذا لا يجب الضمان على المودع[6] ، ولأن الأجير قد قبض العين لمنفعته ومنفعة المالك فلم يضمن كالمضارب.[7]

الترجيح :

بعد استعراض أقوال الفقهاء أرى أن الراجح هو تضمين الأجير المشترك مع اعتبار الشروط للأسباب التالية :

أولا : لفساد الذمم في العصر الحاضر ، فلو لم يضمن الأجير المشترك لأدى ذلك الى الحاق الضرر بأرباب الأموال من الأجراء ، والأخذ بالقول بتضمينهم مطلقا يلحق الضرر بالأجير لا سيما ما يدعو للأسباب القهرية التي لا دخل له فيها.

---

(١) الكاساني : بدائع الصنائع ٢١٠/٤.
(٢) مالك : المدونة ٣٩١/٣.
(٣) الشيرازي : المهذب ٢٦٧/٢.
(٤) ابن قدامة : المغني والرشح الكبير ١١٥/٦-١١٦.
(٥) سورة البقرة : آية ١٩٣.
(٦) الكاساني : بدائع الصنائع ٢١٠/٤.
(٧) الشيرازي : المهذب ٢٦٧/٢.

ثانيا : إن الامام الشافعي لم يفتي بعدم تضمينهم رغم قوله بأنه لا ضمان عليه ، وذلك لفساد الناس والله أعلم.

العقد الثالث : ضمان العارية :

العارية مضمونة على مالكها مادامت في يده ، واختلف الفقهاء فيما إذا قبضها المستعير هل ينتقل الضمان إليه بالقبض أم تبقى أمانة في يده على قولين :

القول الأول : للحنفية(١) ، والمالكية(٢) ، وقول للشافعية(٣) :

إن العارية عند المستعير أمانة لا تضمن إذا هلكت من غير تفريط أو تعد بأمر خارج عن إرادته كالحريق الغالب ، وفرق المالكية بين ما يغاب عليه كالحلي والثياب وما لا يغاب عليه من العارية كالأرض، فذهبوا الى تضمين المستعير فيما يغاب عليه كالثياب والحلي ، إلا أن تقوم على هلاكها أو ضياعها أنها هلكت بلا سبب منه فلا يضمن ، وذهبوا الى عدم تضمينه فيما لا يغاب عليه كالعقار ، والحيوان ولو شرط عليه الضمان أو كان لأمر خافه من طريق مخوف ، أو لصوص على المعتمد في المذهب ، واستدلوا بما يلي :

أولا : السنة النبوية الشريفة :

أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : **"ليس على المستعير غير المغل(٤) ضمان"(٥)**، فحكم بعدم ضمانه ما لم تثبت خيانته.

---

(١) العيني : البناية على الهداية ٧٦٨/٧.

(٢) الدسوقي : حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤٣٦/٣.

(٣) النووي : الروضة ٧٧/٤.

(٣) المغل : الخائن ، انظر الفيومي : المصباح المنير ١٠٥/٢ ، مادة غل.

(٥) الحديث أخرجه : الدار قطني : سنن الدار قطني ٤١/٣ ، كتاب البيوع ، وقال عنه غير مرفوع وسنده ضعيف ، والبيهقي : السنن الكبرى ٩١/٦، كتاب العارية ، باب من قال لا يغرم ، ضعفه وصحح وقفه على شريح ، وقال: في الجوهر النقي : الدار قطني قال : بتضعيف عمرو ، وعبيدة ، ورد هذا القول بأنه لم يضعفهما أحد ٩١/٦.

ثانياً : المعقول :

إن عقد العارية تمليك أو إباحة للمنفعة ، ولا تعرض فيه للعين ، وليس في قبضها تعد لأنه مأذون فيه ، فانتفى سبب وجوب الضمان.

القول الثاني : للشافعية[1] والحنابلة[2] :

أن العارية مضمونة مطلقا إن تلفت عند المستعير بتفريط أو بغير تفريط ، سواء كان التلف بآفة سماوية أو بغيرها ، واستثنى الشافعية في الأصح عندهم من ضمان العارية التلف المنمحق والمنسحق عند الاستعمال ، لأنه مأذون فيه لحدوثه عن سبب مأذون فيه أشبه ، قوله كل طعامي ، واستدلوا بما يلي :

أولاً : السنة النبوية الشريفة :

أ. روى جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم استعار من صفوان بن أمية أدرعا يوم حنين فقال : أغصبا يا محمد ؟ قال : "**بل عارية مضمونة**" ، وفي رواية أعارية مؤداة ؟ قال: نعم عارية مؤداة.[3]

ب. أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : "**على اليد ما أخذت حتى تؤديه**".[4]

ثانياً : المعقول :

لأنه أخذ ملك غيره لنفع نفسه منفردا بنفعه من غير استحقاق ولا مأذون له بإتلافها، فيجب رده الى مالكه ، فكان مضمونا كالغاصب والمأخوذ على وجه السوم.[5]

---

(١) الشربيني : مغني المحتاج ٢٦٧/٢.

(٢) البهوتي : كشاف القناع عن متن الاقناع ٧٠/٤.

(٣) الحديث : سبق تخريجه ص١١٢.

(٤) الحديث سبق تخريجه ص١٥٩.

(٥) البهوتي : الكشاف ٧٠/٤.

الترجيح[1] :

بعد استعراض أقوال العلماء أرى أن القول بالضمان هو الراجح للأسباب التالية:

أولا : حديث صفوان تعددت طرقه ، وله شواهد من أحاديث أخرى مما يدل على صحته وقوته في الاستدلال ، ولفظ مضمونة في الحديث صفة كاشفة لحقيقة العارية ، أي أن شأن العارية الضمان.

ثانيا : والحديث الثاني صححه الحاكم ، وهو صالح للاحتجاج ، لأن المأخوذ إذا كان في عهدة اليد الآخذة حتى ترده فإنه في ضمانها.

ثالثا : إن المصلحة تقتضي بتضمين المستعير لخراب الذمم في عصرنا الحاضر وظهور الخيانة ، والله أعلم.

العقد الرابع : عقد الرهن :

ضمان المرهون :

اختلف الفقهاء في ضمان العين المرهونة عند المرتهن بعد قبضها ، وتحقق شروط الرهن إذا هلكت على أقوال ثلاثة :

القول الأول : عند الحنفية[2] :

إن عين الرهن تعتبر أمانة ، فلا تكون مضمونة ، وأما ماليته فمضمونة بالأقل من قيمة العين أو الدين ، وإن ساوت قيمة الدين صار مستوفيا لدينه وإن كان الرهن يساوي أكثر من الدين يذهب الدين والباقي أمانة ، وإن كان الرهن أقل من الدين فيرجع المرتهن على الراهن بالباقي[3]، واستدلوا بما يلي :

---

(١) الشوكاني : نيل الاوطار ٣٣٧/٥.
(٢) ابن عابدين : حاشية رد المحتار على الدر المختار ٤٨٠/٦.
(٣) الكساني : بدائع الصنائع ١٦٠/٦.

ما روي عن عطاء[1] أنه حدث أن رجلا رهن فرسا فنفق في يده ، فقال رسول الله صلي الله عليه وسلم : "**ذهب حقك**". وفي رواية أخرى "**الرهن بما فيه**".[2]

أي : مضمون بالدين الذي وضع في مقابله ، وهذا نص في الموضوع لا يحتمل التأويل ، ولأن المرتهن جعل مستوفيا للدين عند هلاك الرهن فلا يملك الاستيفاء ثانياً.[3]

القول الثاني : للمالكية[4] :

اشترط المالكية لضمان العين المرهونة بعد القبض الشروط التالية :

أولاً : أن يكون الرهن في يد المرتهن لا في يد غيره كالعدل.

ثانياً : أن يكون الرهن مما يغاب عليه ويمكن إخفاؤه كالكتب.

ثالثاً : أن لا تقوم بينة على هلاكه أو تلفه بغير سببه ، كغارات الأعداء .

فإذا وجدت هذه الشروط ضمن المرتهن ولو شرط في عقد الرهن البراءة وعدم الضمان لأن هذا اسقاط للشيء قبل وجوبه والتهمة موجودة.

القول الثالث : للشافعية[5] ، والحنابلة[6] :

إن العين المرهونة أمانة في يد المرتهن لا يلزمه ضمانها إلا إذا تعدى ، أو امتنع من ردها بعد طلبها ، أو بعد البراءة من الدين ، ولا يسقط شيء من الدين بهلاكه من غير تعد ، واستدلوا بما يلي :

---

(١) عطاء : عطاء بن يسار ابو محمد الهلالي المدني ، مولى ميمونة ام المؤمنين رضي الله عنها من كبار التابعين ، سمع من ابن مسعود وابي وابن عمر وكان ثقة كثير الحديث. انظر النووي تهذيب الأسماء ٣٣٥/١.

(٢) الحديث أخرجه : الدار قطني ٣٢/٣، كتاب البيوع ، والبيهقي : السنن الكبرى ٤٠/٦ ، كتاب الرهن ، باب من قال الرهن مضمون ، وقال عنه : روي منقطع ، وروي مرفوع ، وتأيد بعدة أحاديث مرسلة ، وأقوال الصحابة والتابعين، والمرسل حجة عند المخالفين.انظر الجوهر النقي ٤٠/٦-٤١. وقال الزيلعي : مرسل صحيح . انظر نصب الراية ٣٢٢/٤.

(٣) الكاساني : بدائع الصنائع ١٥٤/٦.

(٤) الدسوقي : حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٢٥٣/٣.

(٥) الشربيني : مغني المحتاج ١٣٦/٢.

(٦) ابو البركات : المحرر ٣٣٧/١.

أ. روى سعيد بن المسيب عن أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : "**لا يغلق الرهن من صاحبه الذي رهنه ، له غنمه وعليه غرمه**".[1]

دل ذلك على أن من رهن شيئا كان ضمانه منه لا من غيره ، وأكده بقوله له غنمه وعليه غرمه أي : سلامته ، وزيادته له ، وعطبه ، ونقصه عليه ، ولأنه لو ضمن لامتنع الناس من فعله خوفا من الضمان ، وفي ذلك تعطيل للمداينات ويعود بالضرر على الناس، ولو ضمنه لكان خلاف النص. ولأن عقد الرهن شرع وثيقة بالدين فلو سقط الدين بهلاك المرهون لكان توهينا لا توثيقا لأنه يعرض الحق للتلف على تقدير هلاك الرهن.[2]

الترجيح :

بعد استعراض أقوال الفقهاء أرى أن الراجح ، أن الرهن أمانة في يد المرتهن ولا ضمان عليه إلا إذا تعدى لأنه بتضمين المرتهن من غير تعد تعطيل للمداينات ، لأن الناس تمتنع من ذلك ، وهذا يعود بالضرر العظيم على المجتمع ، والله أعلم.

العقد الخامس : ضمان المهر في عقد النكاح :

اختلف الفقهاء في اعتبار قبض الزوجة لمهرها بعد تعيينه ناقلا للضمان من الزوج اليها ، على قولين :

القول الأول : للحنفية[3] ، والشافعية[4] :

إن المهر المعين يكون ضمانه على الزوج قبل أن يسلمه لزوجته ، وينتقل الضمان اليها بقبضها اياه ، والمضمون عند الحنفية هو قيمة العين أو مثلها كسائر الأعيان المضمونة بنفسها كالمغصوب ، والمضمون عند الشافعية هو ضمان عقد لا ضمان يد.

---

(١) الحديث : سبق تخريجه ص١٣٩.
(٢) الشافعي : الأم ١٤٧/٣.
(٣) ابن عابدين : حاشية رد المحتار على الدر المختار ٢٦٨/٤.
(٤) الشربيني : مغني المحتاج ٢٢١/٣.

القول الثاني : للمالكية[١] ، والحنابلة[٢] :

إن المهر المعين كالعبد والدار إذا كان محددا بذاته في عقـــد النكـــاح الصحيـــح فضمانه على الزوجة قبل القبض وبعده ، فبالهلاك بغير تعدية يكون هلاكه عليها بمجـــرد العقد ، فليس للقبض أي أثر في ذلك ، لأن الضمان من توابع الملك ولقد ملكته بالعقد. أما المهر غير المعين كقفيز من صبرة ، فذهب الحنابلة إلى أنه من ضمان الـــزوج إذا لـــم تقبضه ، وينتقل ضمانه اليها بالقبض.

الترجيح :

بعد استعراض أقوال الفقهاء أرى أن الراجح ، أن ضمان المـــهر المعيـــن علـــى الزوج قبل القبض ، وعلى الزوجة بعد القبض ، للأسباب التالية :

أولا : لأنه بقبضها لمهرها أصبح تحت يدها ، وفي ملكها ، فهلاكه يكـــون عليـــها إلا أن يهلكه الزوج لأنه تعدى على ملكها.

ثانيا : لا ضمان على الزوج لأنه يبرأ بالتسليم اليها والله أعلم.

---

(١) الدسوقي : حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٢/٢٩٤.

(٢) البهوتي : كشاف القناع عن متن الاقناع ٥/١٤١.

المطلب الثاني

التسلط على التصرف

اختلف الفقهاء في مشروعية التصرف في الأعيان المملوكة قبل قبضها ، ســـواء ملكت، ببيع أو بغيره من الأسباب الموجبة للملك على التفصيل التالي :

أولا : عند الحنفية[1] :

فرق الحنفية بين العقار والمنقول في مشروعية التصرف في الأعيان المملوكة قبل قبضها وبيان ذلك فيما يلي :

أ. العقارات :

ذهب الامام ابو حنفية وصاحبه القاضي ابو يوسف الى جواز بيعه قبـــل قبضـــه استحسانا واستدلوا بما يلي :

أولا : بعموم قوله تعالى : ﴿وأحل الله البيع﴾[2] من غير تخصيص ، إذ لا يجوز عندهـم تخصيص عموم الكتاب بخبر الواحد.

ثانيا : إن بيع العقار قبل القبض ، لا غرر فيه لأن هلاكه نادر ، والنادر لا يعتد به فـــلا يتوهم انفساخه بالهلاك بخلاف المنقول ، فجاز بيعه.

ثالثا : إن ركن البيع صدر من أهله في محله وهو يقتضي الجواز.

رابعا : قاسوا ذلك على جواز التصرف في الثمن قبل قبضه لأنه لا غرر فيه ، كالتصرف في المهر وبدل الخلع ، لأن المطلق للتصرف هو الملك وقد وجد ، ولكن الاحتراز

---

(١) العيني : البناية شرح الهداية ٥٠٧/٦.

(٢) سورة البقرة : آية ٢٧٥.

عن الغرر واجب ما أمكن ، وذلك فيما يتصور فيه الغرر وهو المبيع المنقـول لا العقار[1].

ب. المنقولات :

ذهب فقهاء الحنفية الى عدم جواز بيع المنقولات طعام أو غير طعام سـواء بيـع تقديرا او جزافا ولو كان من بائعه ، واستدلوا بما يلي :

أولاً : السنة النبوية الشريفة :

أ. عن ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : **"من ابتاع طعامـا فلا يبعه حتى يقبضه"**[2] ، قال ابن عباس : ولا أحسب كل شيء إلا مثله.

وابن عباس فهم من الحديث أن كل شيء لا يجوز بيعه قبل القبض كالطعام.

ب. عن ابن عمر رضي الله عنهما قال : ابتعت زيتا في السوق ... فإذا زيد بـن ثـابت فقال: **"لا تبعه حيث ابتعته حتى تحوزه الى رحلك ، فإن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى أن تباع السلع حيث تبتاع حتى يحوزها التجار الى رحالهم"**[3].

والمراد بحوز التجار وجود القبض لأن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن ذلـك، والنهي يوجب فساد المنهي عنه. وكلمة السلع تفيد العموم ، فعمت كل شيء.

ثانياً : المعقول :

إن في البيع قبل القبض غرر انفساخ العقد الأول على تقدير هلاك المبيع في يـد البائع، فإذا هلك المبيع انفسخ العقد فيتبن انه باع ما لا يملك[4] ، والغرر حرام لأن النبي صلى الله عليه وسلم **"نهى عن بيع الحصاة وعن بيع الغرر"**[5].

---

(١) الكاساني : بدائع الصنائع ٢٣٤/٥.

(٢) الحديث : سبق تخريجه ص١٣.

(٣) الحديث : سبق تخريجه ص١٣.

(٤) العيني : البناية شرح الهداية ٥٠٧/٦.

(٥) الحديث أخرجه مسلم : صحيح مسلم ١١٥٣/٣ ، كتاب البيوع ، باب بطلان بيع الحصاة والبيع الذي فيه غرر ، رقم الحديث (١٥١٣). والغرر : الخداع الذي هو مضنة ان لا يرضى به عند تحققه ، فيكون من أكل المال بالباطل. انظر الصنعاني : سبل السلام ١٥/٣.

ثانيا : عند المالكية[1] ، ورواية عند الحنابلة[2] :

إن المحرّم والمفسد للبيع هو بيع الطعام دون غيره من جميع الاشياء قبل قبضه، ربويا كان ، كالقمح أو غير ربوي كالتفاح. أما غير الطعام فيجوز بيعه قبل قبضه ، واشترطوا لفساد بيع الطعام قبل قبضه أن يكون مأخوذا بطريق المعاوضة ، وفيه حق توفية بالكيل ، أو الوزن ، أو العد. فلو صار اليه الطعام بهبة ، أو ميراث ، فيجوز بيعه قبل قبضه، وإن اشتراه جزافا فيجوز بيعه قبل قبضه بشرط تعجيل الثمن للخروج من بيع الدين بالدين وهو منهي عنه ، ونقل ابن المنذر الاجماع على ذلك ، واستدلوا بما يلي :

أولاً : السنة النبوية الشريفة :

أ. روي عن ابن عباس ، وابن عمر ، أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : "**من ابتاع طعاما فلا يبعه حتى يقبضه**"[3].

وهذا الحديث نص خاص في الطعام ، لا يجوز بيعه قبل قبضه.

ب. ما روي عن جابر عن النبي صلى الله عليه وسلم ، قال : "**إذا ابتعت طعاما فلا تبعه حتى تستوفيه**"[4] .

فالنهي في هذه الأحاديث وغيرها مخصوص بالطعام ، فدل على أن غير الطعام مخالف له في الحكم.

ج. ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : " **من اشترى طعاما بكيل ، أو وزن فلا يبعه حتى يقبضه**"[5] ، دل التقييد بالمكيل والموزون على أن القبض شرط فيما فيه حق توفية ، وأن غيره مخالف لذلك.

---

(١) ابن رشد : بداية المجتهد ٢/١٤٤-١٤٥.

(٢) ابن قدامة : الشرح الكبير ١١٦/٤.

(٣) الحديث : سبق تخريجه ص١٣.

(٤) الحديث : أخرجه مسلم : صحيح مسلم ١١٦٢/٣، كتاب البيوع ، باب بطلان المبيع قبل القبض، رقم الحديث (١٥٢٩).

(٥) الحديث أخرجه البيهقي : السنن الكبر ٣١٤/٥ ، كتاب البيوع ، باب قبض ما ابتاعه كيلا بالاكتيال ، وورد هذا الحديث بعدة روايات ، ورواه الجماعة والشيخين. انظر الشوكاني : نيل الاوطار ١٧٨/٥.

ثانياً : المعقول :

أن الرسول صلى الله عليه وسلم خص الطعام بالمنع لغلبة تغيره ، ولشرفه على غيره، فقدم المالكية الخاص على العام عند تعارضهما ، أو من باب حمل المطلق على المقيد ، وذكر بعض المالكية أن النهي عن بيع الطعام هو تعبدي ، وقال البعض الآخر منهم أنه معقول المعنى ، فغرض الشارع من النهي سهولة وصول الطعام الى القوي والضعيف ، ولما يعود بالفائدة على التجار وعلى الفقراء ، وشدد الشرع في اشتراط قبضه قبل بيعه لكونه سبب قيام البنية وعماد الحياة فعظم شرفه.[١]

ثالثا :عند الشافعية[٢]، ومحمد بن الحسن من الحنفية[٣]، ورواية عن الامام أحمد[٤] :

أنه لا يصح بيع المبيع قبل قبضه سواء كان منقولا أو عقارا بإطلاق ، وإن أذن البائع في ذلك وقبض الثمن ، وإن تلف فهو من ضمان البائع. واستدلوا على ذلك بما يلي:

أولا : السنة النبوية الشريفة :

أ. ما روى حكيم بن حزام أنه قال : يا رسول الله إني اشتريت بيوعا فما يحل لي منها وما يحرم علي؟ قال : **"يا ابن أخي ، إذا اشتريت بيعا فلا تبعه حتى تقبضه"**[٥] .

ب. عن ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : **"لا يحل سلف وبيع، ولا شرطان في بيع ، ولا ربح ما لم يضمن ، ولا بيع ما ليس عندك"**[٦] ،

---

(١) القرافي : الفروق ١٩٣/١، ابن رشد : بداية المجتهد ١٤٣/٢.
(٢) النووي : المجموع شرح المهذب ٢٦٤/٩.
(٣) الكاساني :بدائع الصنائع ١٨١/٥.
(٤) ابن قدامة : الشرح الكبير ١١٧/٤.
(٥) الحديث : سبق تخريجه ص١٣.
(٦) الحديث : سبق تخريجه ص١٤٥.

ومعنى ربح ما لم يضمن ، أي ربح ما بيع قبل القبض[١] ، فلا يجوز لأن المبيع في ضمان البائع الأول وليس في ضمان المشتري منه شيء لعدم القبض.[٢]

دلت هذه الأحاديث بعمومها على أنه لا يجوز بيع المبيع قبل قبضه بإطلاق ، لأن في بيعه قبل قبضه ربح للمبيع قبل أن يدخل في ضمان المشتري ، وقد نهى عنه النبي صلى الله عليه وسلم، فلا يطيب هذا الربح.

ثانياً : المعقول :

إن الملك قبل القبض ضعيف ، لأن فيه غرر الانفساخ بهلاك المعقود عليه ، وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن الغرر ، وللحنابلة أنه لم يتم الملك عليه فلم يجز بيعه كما لو كان غير متعين ، وكما لو كان مكيلا أو موزونا[٣] ، وفي البيع قبل القبض توالي ضمانين على شيء واحد في زمن واحد ، ولا يصح أن يكون مضمونا للمشتري ، ومضمونا عليه في آن واحد لما يلزم منه أن يكون مملوكا لشخصين في آن واحد وهو ممنوع.

رابعا : عند الحنابلة[٤] :

تعددت الروايات عند الحنابلة في الممنوع بيعه قبل قبضه من الأموال على التفصيل التالي :

أ. لا يجوز بيع الطعام وما أشبهه قبل قبضه مطلقا ، سواء أكان مكيلا أم موزونا ، أم لم يكن كذلك. استدلوا لهذه الرواية بما يلي :

١. بحديث ابن عباس رضي عنه **"من ابتاع طعاما فلا يبعه حتى يقبضه"**.[٥]

---

(١) البهوتي : كشاف القناع عن متن الاقناع ٢٤٢/٣.
(٢) الشوكاني : نيل الأوطار ٢٠٣/٥.
(٣) ابن قدامة : المغني والشرح الكبير ٢٢١/٤.
(٤) ابن قدامة : الشرح الكبير ١١٥/٤-١١٧.
(٥) الحديث سبق تخريجه ص١٣.

٢. أن ابن عمر رضي الله عنهما قال : "**رأيت الذين يشترون الطعام مجازفة يضربون على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يبيعوه حتى يؤوه الى رحالهم**" وبقوله "**نهانا رسول الله صلى الله عليه وسلم أن نبيعه حتى ننقله من مكانه**".[١]

٣. قال الأثرم: سألت أبا عبد الله عن قوله : "**نهى عن ربح ما لم يضمن**"[٢] قال : هذا في الطعام وما أشبهه من مأكول أو مشروب فلا يبعه حتى يقبضه". ولحديث ابن عباس المتقدم

٤. قال ابن عبد البر : الأصح ان الذي يمنع من بيعه قبل قبضه هو الطعام وذلك لأن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الطعام قبل قبضه. فمفهومه إباحة ما سواه قبل قبضه ، ونقل ابن المنذر الإجماع على ذلك.

ب. أن ما كان متعينا كالصبرة ، تباع من غير كيل ، يجوز بيعها قبل قبضها ، وما ليس بمتعين كقفيز من صبرة فإنه لا يجوز بيعه قبل قبضه حتى تكال أو توزن ، واستدلوا لهذه الرواية أن ابن عمر رضي الله عنهما قال : "**مضت السنة أن ما أدركته الصفقة حيا مجموعا فهو من مال المبتاع**"[٣] ، فلما جعله من ضمان المشتري مع أنه لم يقبضه ، دل على البيع قبل القبض في المتعين ، ولأن المعين ، لا يتعلق فيه حق توفية فكان من مال المشتري كغير المكيل ، والموزون.

ج. وروي أنه لا يجوز بيع شيء قبل قبضه بإطلاق ، واستدلوا بما استدل به الشافعية.

---

(١) الحديث : سبق تخريجه ص٦٤.

(٢) الحديث سبق تخريجه ص١٤٥.

(٣) الحديث : أخرجه البخاري : صحيح البخاري مع الفتح ٣٥١/٤ ، كتاب البيوع ، باب اذا اشترى متاعا او دابة فوضعه عند البائع ، او مات قبل ان يقبض ، ورواه معلقا. ووصله الطحاوي والدار قطني ، وقال الترمذي : حسن صحيح ، والصفقة : العقد ، وحيا مجموعا : لم يتغير عن حالته.

د. أن الميكل ، والموزون ، والمعدود ، والمذروع لا يصح تصرف المشتري فيه قبل قبضه من بائعه ، واستدلوا لهذه الرواية بما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : **"من ابتاع طعاما فلا يبعه حتى يقبضه"**(١) ، وكان الطعام يومئذ مستعملا غالبا فيما يكال ، أو يوزن ، وقيس عليهما المعدود ، والمذروع لاحتياجهما الى حق توفية(٢) سواء كان متعينا كهذه الصبرة ، أم غير متعين كقفيز منها، وأما ما عدا المكيل ، والموزون ، ونحوهما فيجوز التصرف فيه قبل قبضه ، واستدلوا بما يلي :

١. ما روى ابن عمر أنه قال: **"أتيت النبي صلى الله عليه وسلم فقلت : إني أبيع الإبل بالنقيع ... فقال : "لا بأس أن تأخذ بسعر يومها ما لم تفترقا وبينكما شيء"**(٣)، فهذا تصرف في الثمن قبل قبضه وهو احد العوضين.(٤)

٢. وقول النبي صلى الله عليه وسلم لابن عمر رضي الله عنهما في حديث البكر الصعب **"هو لك فاصنع به ما شئت"**(٥) ، فهو ظاهر في التصرف في المبيع بالهبة قبل القبض.

الترجيح :

بعد استعراض أقوال الفقهاء أرى أن الراجح هو منع التصرف في المبيع ونحوه قبل القبض محصوراً في الطعام فقط ، ويجوز التصرف فيما عداه شريطة أن يكون المشتري قادرا على ايصال الحق الى صاحبه الجديد بالتمكن ، وإن لم يتم القبض فعلا، وذلك للأسباب التالية :

أولاً : لقوة الأدلة من الأحاديث الصحيحة التي خصت الطعام.

---

(١) الحديث : سبق تخريجه ص١٣.

(٢) البهوتي : كشاف القناع عن متن الاقناع ٢٤١/٣.

(٣) الحديث : سبق تخريجه ٥٨.

(٤) ابن قدامة : المغني والشرح الكبير ١١٨/٤.

(٥) الحديث سبق تخريجه ص٥٥.

ثانياً : إن قول ابن عباس اجتهاد منه ، ولا حجة فيه على اجتهاد غيره من الصحابة ، ولأن بعض الروايات جاءت بالحصر بقوله : "أما الذي نهى عنه النبي صلى الله عليه وسلم فهو الطعام أن يباع حتى يقبض"(١). فهذا الحصر دليل على تخصيص الطعام بالمنع ، ويؤدي الى الجمع بين الأدلة ، فتحمل الأحاديث الخاصة بالنهي على الأحاديث الواردة في جواز التصرف قبل القبض على غير الطعام.(٢)

ثالثا : لضعف أدلة المخالفين ، وليست نصا في المسألة ، فلا تصلح حجة.

رابعا : وقول ابن عمر : "**مضت السنة** ..."(٣) لأنه لا يتعلق به حق توفية ، وهذا المبيع نماؤه للمشتري فضمانه عليه.

خامسا : إن مسلك المانعين منعا مطلقا ليس عاما ، فبعضهم أجاز البيع في صور قبل القبض ، والله أعلم.

---

(١) الحديث : أخرجه البخاري : صحيح البخاري مع الفتح٣٤٩/٤، كتاب البيوع ، باب بيع الطعام قبل أن يقبض وبيع ما ليس عندك، قم الحديث (٢١٣٥).

(٢) القرافي : الفروق ٢٨١/٣.

(٣) الحديث : سبق تخريجه ص١٧٣.

المطلب الثالث

وجوب بذل عوض المقبوض

حتى تترتب على العقد ثمراته ، وتتحقق غاياته ، ومقاصده يجب بذل العوض المقابل معجلا من قبل القابض ما لم يكن هناك اتفاق على التأخير بين العاقدين ، فعندئذ يلزمه لرضا مستحقه بالتأجيل ، ولهذه المسألة أحوال ابينها كما يلي :

الحالة الأولى : وجوب بذل العوض في البيع :

إن حكم البيع اللازم يثبت الملك في البدلين حالا ، دون توقف على قبضهما ، فإذا قبض أحد العاقدين العوض الذي استحقه بالعقد فيتوجب عليه بذل عوضه للطرف الآخر دون تأجيل وذلك للإنتفاع بما ملكه بالعقد ، فالملك لا يثبت لذاته ، وإنما يثبت وسيلة للإنتفاع بالمملوك ، ولا يتهيأ ذلك إلا بقبضه ، ولتتم المساواة التي يقتضيها العقد بالبذل بين الطرفين إلا إذا كان هناك اتفاق على التأجيل ، فلا يجب التسليم حتى يحل الأجل لتنازل الطرف الآخر عن حقه بالتعجيل ، والقبض في البيع ليس شرطا ، فجاز على التوسع عقيب العقد ، والثمن يجوز أن يكون حالا ومؤجلا.(١)

وقد يكون البيع عينا بعين أو عينا بدين ويحصل التنازع عند البداءة في التسليم وفي هذا أقوال وآراء للفقهاء ابينها كما يلي :

---

(١) الكاساني : بدائع الصنائع ٢٤٣/٥ ، ابن جزي : القوانين الفقهية ٢١٢ ، النووي : المجموع شرح المهذب ٢٨٢/٩، ابن رجب : القواعد في الفقه ٦٩.

أولاً : إذا تبايعا عينا بعين(المقايضة) :

اتفق جمهور الفقهاء من الحنفية[1] ، والمالكية[2] ، والشافعية[3] ، والحنابلة[4] والظاهرية[5] على أنه إذا تم العقد بإطلاق ، ولم يشترط تأجيل أحد العوضين فيقتضي ذلك عدم تقديم أحدهما على الآخر بالبداءة بالتسليم ، تحقيقا للمساواة التي هي مطلوب المتعاقدين في عقد المعاوضة. وتتحقق المساواة بالتسليم معا فأحدهما ليس بأولى من الآخر لأن كل بدل منهما مبيع ، فاستويا في تعلق حق كل واحد منهما بما في يد صاحبه فيجبران معا.

وألحق الحنفية والمالكية في هذه الحالة فيما إذا تبايعا دينا بدين ، فيسلمان معا لتحقق المساواة.

ثانياً : إذا تبايعا عينا بدين (الثمن):

والثمن في هذه الحالة لا يخلو إما أن يكون حالا أو مؤجلا :

أ. إذا كان الثمن مؤجلا : اتفق الفقهاء[6] على الزام البائع وإجباره على تسليم المبيع للمشتري أولاً ، وليس له المطالبة بالثمن قبل الحلول ، ولا حبس المبيع بالثمن لرضاه بتأجيل قبضه.

ب. إذا كان الثمن حالا : اختلف الفقهاء في ذلك إذا رفض كل واحد منهما التسليم لما في يده للأخر على التفصيل التالي :

---

(١) الكاساني : بدائع الصنائع ٥/٢٤٤،٢٤٩.
(٢) الحطاب : مواهب الجليل على شرح مختصر خليل ٦/١٣٢.
(٣) الرافعي : فتح العزيز شرح الوجيز ٨/٤٦٥.
(٤) البهوتي : كشاف القناع عن متن الاقناع ٣/١٩٥.
(٥) ابن حزم : المحلى ٨/٤٠٨.
(٦) الكاساني : بدائع الصنائع ٥/٢٣٨ ، ٢٤٩ ، الشربيني : مغني المحتاج ٢/٧٥ ، البهوتي : كشاف القناع عن متن الاقناع ٣/١٩٥.

عند الحنفية[1] :

فرقوا بين المبيع الحاضر والغائب.

١. إذا كان المبيع حاضرا : يجب على المشتري نقد الثمن أولاً لأن العين أقوى من الدين، ثم يلزم البائع بتسليم المبيع، وله حق الحبس بالثمن لأن البيع عقد معاوضة مبني على المساواة عادة وحقيقة ، والمساواة تتحقق في تسليم الثمن أولاً ، لأن الحق للمشتري في المبيع ، والمبيع متعين بالعقد ، وحق البائع في الثمن لم يتعين بالعقد لأنه في الذمة، فلا يتعين بالتعين بل بالقبض، فإن شرط نقد المبيع قبل نقد الثمن فسد البيع لمخالفته مقتضى العقد.

٢. إذا كان المبيع غائبا : للمشتري الامتناع عن تسليم الثمن لأنه بغياب المبيع لا تتحق المساواة بالتقديم ، ولأنه من الجائز أن يكون المبيع قد ، هلك فيسقط الثمن عن المشتري سواء كان غائبا في نفس المصر أم خارجه.

عند المالكية[2] :

ذهب المالكية إلى إجبار المشتري على تسليم الثمن أولاً ، ثم يسلم البائع المثمون للمشتري.

عند الشافعية[3] ، والحنابلة[4] :

فرق الشافعية والحنابلة بين ما إذا كان الثمن حاضرا أو غائبا :

(١) الكاساني : بدائع الصنائع ٢٣٧/٥.

(٢) الحطاب : مواهب الجليل على مختصر سيدي خليل ١٢٣/٦، ابن جزي : القوانين ٢١٢.

(٣) الشيرازي : المهذب ٦٩/٢.

(٤) الفتوحي : منتهى الارادات ٣٧٠/١.

أ- إذا كان الثمن حاضرا : يجبر البائع على تسليم المبيع أولاً والمشتري يسلم الثمن، لأن حق البائع متعلق بالذمة وحق المشتري متعلق بالعين ، فوجب تقديم ما تعلق بالعين كتقديم حق المرتهن على سائر الغرماء ، وقد رضي بذمته ، ولأن ملك البائع للثمن مستقر ولا يخشى هلاكه ، ولأنه يجوز له التصرف فيه بالحوالة والاستبدال ، وملك المشتري للمبيع غير مستقر لاحتمال الانفساخ بهلاك المبيع فكان على البائع التسليم ليستقر ملك المشتري لأن مقصود المتعاقدين في المعاوضات المساواة ، ولا تتم إلا بذلك.

ب- إذا كان الثمن غائبا : فرقوا فيما إذا كان الثمن في داخل البلد أو في خارجها :

١. إذا كان الثمن في داخل البلد أو خارج البلد دون مسافة القصر :

في هذه الحالة يحجر الحاكم على المشتري في جميع أمواله بما فيها المبيع دون فسخ البيع حتى يحضر الثمن ، وذلك لكي لا يتصرف المشتري بأمواله بما يبطل حق البائع.

٢. إذا كان الثمن خارج البلد كمسافة القصر وأكثر أو كان المشتري معسرا :

في هذه الحالة يحق للبائع أن يفسخ البيع في الحال وذلك للضرر الذي يعود عليه.

وللشافعية أقوال أخرى منها :

أ. اجبار المشتري بالتسليم أولاً ليتساويا ، لأن حق البائع غير متعين وحق المشتري متعين.

ب. لا إجبار لأي واحد منهما ، لأن كل واحد منهما يثبت له ايفاء واستيفاء.

ج. يجبران معا لوجوب التسليم عليهما حتى يلزمهما الحاكم بذلك.

د. لا يخص احد منهما بوجوب البداءة بالتسليم تحقيقا للمساواة.

ويستثنى مما سبق ذكره عقد الصرف وقبض رأس مال السلم، وبيع الأموال الربوية التي تجمعها علة ربوية واحدة ببعضها ، فإنه لا يجوز للقابض تأخير تسليم عوض ما قبضه ولو رضي مستحقه بتأخيره لوجوب التقابض في المجلس بين البدلين لحق الشرع ولما يؤدي تأخيرهما ولو بالتراضي إلى ربا النسيئة وهو منهي عنه.[١]

التَرجيح :

بعد استعراض أقوال العلماء أرى أن الراجح القول بالمساواة ، فينبغي أن لا يخص أحد منهما بوجوب البداءة بالتسليم تحقيقا للمساواة سواء كان عينا أودينا، لأن لكل واحد منهما حقاً للآخر يجب عليه أن يؤديه اليه ، فلا يخص واحد منهما بالبداءة بالتسليم، وهو أحد أقوال الشافعية،[٢] والله أعلم.

ثانياً : وجوب بذل العوض في الإجارة :

إن حكم العقد في الاجارة يُلزم المؤجر بتسليم المعقود عليه للمستأجر ، والمستأجر بتسليم عوض ذلك للمؤجر ، لأنها نوع بيع وهي بيع المنافع ، والبيع عقد معاوضة ، ويثبت به الملك في البدلين[٣] ، وهذا باتفاق الفقهاء ما لم يكن هناك شرط تأجيل فيتبع الشرط ويراعى الاتفاق[٤] ، لأن المعاوضة المطلقة تقتضي المساواة بين المتعاقدين.

---

(١) الكاساني : بدائع الصنائع ٢١٥/٥ ، النووي : روضة الطالبين ٤٣/٣، ٤٤ ، البهوتي : كشاف القناع ١٩٧/٣.
(٢) الرملي : نهاية المحتاج ١٠٣/٤.
(٣) الكاساني : بدائع الصنائع ١٧٩/٤ ، الشربيني : مغني المحتاج ٣٣٤/٢ ، ابن قدامة : المغني والشرح الكبير ٤/٦، البهوتي : الكشاف ٢٣/٤.
(٤) الفتوحي : منتهى الارادات ٤٩٤/١ ، النووي : المجموع شرح المهذب ٣٢/١٥-٣٣.

ثالثا : بذل العوض في عقد النكاح :

اتفق الفقهاء على أن الرجل إذا سلم زوجته مهرها المعجل ، فيجب عليها أن تمكنه من نفسها إذا طلب ذلك ، واختلف الفقهاء فيما إذا لم يدفع اليها مهرها المعجل ، هل يحق للزوجة أن تمتنع عن تمكين زوجها من نفسها حتى تقبضه أم لا ، فرق الفقهاء بين حقها في ذلك قبل الدخول بها ، وبين حقها فيه بعد الدخول بها.

أولا : حق الزوجة في الامتناع قبل الدخول :

اتفق الجمهور من فقهاء الحنفية[(١)] ، والمالكية[(٢)] ، والشافعية[(٣)] ، والحنابلة[(٤)] ، على أن للزوجة الحق في أن تمنع نفسها قبل الدخول حتى تقبض مهرها الحال ، لأن المهر عوض عن بضعها كالثمن في المبيع ، وللبائع حق حبس المبيع لاستيفاء الثمن فكذلك المرأة ، ولأن المنفعة المعقود عليها تتلف بالاستيفاء ، فإذا تعذر استيفاء مهرها لم يمكنها استرجاع عوضها، لذلك ملكت الامتناع ، كما اتفقوا على أنه ليس للزوجة ان تمنع نفسها إذا كان المهر مؤجلا أو بعضه، لأن رضاها بالتأجيل رضا بتسليم نفسها قبل قبضه، فتكون قد أسقطت حق نفسها كالثمن المؤجل في البيع، ولا يسقط حق الزوج لانعدام الإسقاط منه ، ورضاها بسقوط حقها ، وقيد الحنفية قولهم إذا كان المهر كله مؤجلا ، وشرط الزوج عليها الدخول بها قبل الأجل.

واختلف الفقهاء على قولين فيما إذا حل الأجل قبل تسليم نفسها ، فهل يعتبر المهر المؤجل في حكم المعجل ، ولها الامتناع عن تسليم نفسها حتى تقبضه؟

---

(١) الكاساني : بدائع الصنائع ٢/٢٨٨.

(٢) ابن جزي : القوانين الفقهية ١٧٦.

(٣) الشربيني : مغني المحتاج ٣/٢٢٣.

(٤) ابن قدامة : المغني والشرح الكبير ٧/٧٣٨ ، البهوتي : الكشاف ٥/١٦٣.

القول الأول : للحنفية[١] ، والشافعية[٢] ، والحنابلة[٣] :

إنه لا يحق للزوجة أن تمتنع عن تسليم نفسها لتستوفي مهرها لوجوب تسليم نفسها قبل الحلول فلا يرتفع لحلول الحق.

القول الثاني : للمالكية[٤] ، وقول للشافعية[٥] :

إن للزوجة أن تمنع نفسها عن التسليم حتى تقبضه ، لأنه إذا حل صار بمنزلة العاجل، والعاجل تمنع نفسها عن زوجها حتى تقبضه ، جاء في إحكام الاحكام : "لها الامتناع من الدخول والوطء بعده حتى تقبض ما حل منه أو تقبضه كله إن حل".[٦]

ونصت المادة ٤٧ من قانون الاحوال الشخصية : إذا تسلمت الزوجة المهر المعجل وتوابعه أو رضيت بتأجيل المهر أو التوابع كله أ, بعضه الى أجل معين فليس لها حق الامتناع عن الطاعة ولا يمنعها ذلك من المطالبة بحقها.

الترجيح :

بعد استعراض أقوال العلماء أرى أن القول الراجح هو أنه ليس لها الامتناع بعد الحلول وذلك لوجوب تسليمها نفسها قبل الحلول ، فلا يرتفع ذلك لحلول الحق لأن حق الحبس قد سقط برضاها بالتأجل والساقط لا يحتمل العودة كالثمن في المبيع، والله أعلم.

ثانيا : حق الزوجة في الامتناع بعد الدخول :

إذا دخل الزوج بها ومكنته من نفسها برضاها. اختلف الفقهاء في ذلك هل يحق لها أن تمنع نفسها حتى تقبض معجل مهرها أم لا ؟

---

(١) الكاساني : بدائع الصنائع ٢٨٩/٢.
(٢) الشربيني : مغني المحتاج ٢٢٣/٣.
(٣) البهوتي : كشاف القناع عن متن الاقناع ١٦٣/٥.
(٤) التسولي : البهجة شرح التحفة ٢٩٢/١.
(٥) الشربيني : مغني المحتاج ٢٢٣/٣.
(٦) الكافي : احكام الاحكام على تحفة الحكام ٨٥.

القول الأول : للحنفية[1] :

أن لها الحق ان تمنع نفسها حتى تقبضه ، لأن المعقود عليه جميع ما يستوفى من منافع البضع في جميع الوطآت التي توجد في هذا الملك لا بالمستوفى بالوطأة الأولى خاصة فكانت كل وطأة معقوداً عليها وتسليم البعض لا يوجب تسليم الباقي كالبائع إذا سلم بعض المبيع قبل استيفاء الثمن كان له حق حبس الباقي ليستوفي الثمن، ولها المنع ، لأن حق الحبس لاستيفاء المستحق وليس له حق الاستيفاء قبل الايفاء.

القول الثاني : للجمهور من المالكية[2]، والشافعية[3]، والحنابلة[4]، وقول للحنفية[5]:

أنه ليس لها الحق أن تمنع نفسها عنه ، لأنها بالتسليم أسقطت حقها من حبس نفسها ، كما لو تبرع البائع فسلم المبيع قبل قبض ثمنه ، فليس له استرداده وحبسه ، والمعقود عليه كله صار مسلما اليه بالوطأة الواحدة ، وبالخلوة ، لهذا يتأكد جميع المهر فلم يبق لها حق الحبس كالبائع يسلم المبيع ، وللشافعية أن لها قبضه ، ولو بدون إذن زوجها.

الترجيح :

بعد استعراض أقوال الفقهاء أرى أن القول الراجح هو أنه ليس لها الحق أن تمنع نفسها لأنه تسليم يستقر به البدل ، فوجب أن يسقط حكم الامتناع ، وينحصر حقها في المطالبة دون الامتناع ، كتسليم السلعة في البيع ، واحتجاج أبي حنيفة غير مسلم به، لأن

---

(١) الميرغاني : الهداية ٢١٢/١.
(٢) ابن جزي : القوانين الفقهية ١٧٦.
(٣) الحصيني : تقي الدين أبي بكر الحصيني الحسيني الدمشقي(ت٨٢٩هـ) من علماء القرن التاسع الهجري : كفاية الاخيار في غاية الاختصار ٨٠/٢. الناشر : دار الفكر-القاهرة ، الطبعة لسنة ١٣٤٧هـ.
(٤) الفتوحي : منتهى الارادات ٢١٧/٢، البهوتي : الكشاف ١٦٤/٥.
(٥) الميرغاني : الهداية ٢١٢/١.

جميع المهر يتأكد بالوطء مرة واحدة ، وهي بهذه الوطأة سلمت جميع المعقود عليه وجميع البدل لا يتأكد بتسليم البعض ، وما يتكرر من الوطء فملتحق بالاستخدام ، فلا يقابله شيء من المهر ، والله أعلم.

اختلاف الزوجين في البداءة بالتسليم :

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين :

القول الاول : للحنفية[١] ، والحنابلة[٢] :

أنه يجبر الزوج على التسليم أولاً ، ثم تجبر الزوجة ثانياً ، لأن في إجبارها أولاً خطر إتلاف البضع ، والامتناع عن بذل الصداق ولا يمكن الرجوع بالبضع ، وهذا المحظور لا يتأتى في إجبار الزوجة ، ويمكن استرداد المهر بخلاف البضع.

القول الثاني : للشافعية[٣] :

أنهما يجبران معا بأن يوضع الصداق عند عدل ، وتؤمر الزوجة بالتمكين ، فإذا مكنت الزوج سلم العدل الصداق إليها.

الترجيح :

بعد استعراض أقوال الفقهاء وأدلتهم ، أرى أن الراجح هو إجبار الزوج على التسليم أولاً ، وذلك لما لهذا العقد من خطر ، فاشترط له الشرع من الشروط ما لم يشترطه لغيره من عقود المعاوضات ، كالشهود والولي والله أعلم.

---

(١) الكاساني : بدائع الصنائع ٢/٢٨٨.
(٢) الفتوحي : منتهى الارادات ٢/٢١٧، البهوتي : الكشاف ٥/١٦٤.
(٣) الشربيني : مغني المحتاج ٣/٢٢٣.

الفصل الرابع

أمثلة على القبض في بعض صور المعاملات المعاصرة وفيه ثلاثة مباحث :

المبحث الأول : القبض في عقود التجارة الدولية.

المبحث الثاني : القبض في بعض الأوراق التجاريـــــة والحوالات المصرفية.

المحبث الثالث : القبض في بعض الأوراق المالية.

الفصل الرابع

أمثلة على القبض في بعض صور المعاملات المعاصرة

يتناول هذا الفصل بعض المسائل المتعلقة بالقبض في المعاملات المستجدة بإيجاز، والضابط لهذه الصور المعاصرة في القبض، أن مبنى القبض، وأساس مسائله وصوره، قائم على العرف، فعملية القبض في عصرنا الحاضر ليست في جميع صورها حديثة، بل لا يزال كثير منها قديما، كقبض العقار، والأشياء التي لا يمكن نقلها، فقبضه اليوم هو بالتخلية كما كان عليه القبض في الماضي، أما المنقولات فيمكن الاختلاف في قبضها حسب العصور وتطور الأزمان، حيث تجدُّ معاملات، وتتطور وسائل النقل، وطرق ابرام العقود، فتبعا لذلك تطورت كيفية القبض لا سيما في نطاق السلع في التجارة الخارجية، والنقود في المصارف، والحوالات. وللحكم على أي صورة من هذه الصور المعاصرة، لا بد من تحديد نوعها، والنظر فيها إلى أي العقود تعود، والأحكام المتعلقة بها، وتكييف هذه المعاملة على ضوء ما أورده الفقهاء من النصوص العامة، وليس الهدف من هذا الفصل هو الاحصاء لكل ما استجد من صور القبض في المعاملات المستجدة.

وإنما أردت اعطاء صورة للقبض في هذه المعاملات المستجدة، وأن الشريعة الاسلامية السمحة تتسع لكل ما استجد من المعاملات، خاصة إذا ما عرفنا أن مبنى القبض هو على العرف ما لم يصطدم بنص من الكتاب، أو السنة، أو الاجماع، فيجب العمل به.

المبحث الأول

القبض في عقود التجارة الدولية

التجارة الدولية : هي عمليات البيع والشراء بين الشعوب ، والأمم ، سواء كانت بين دولتين أو فردين من دولتين ، يتفقون على شراء بضاعة تنقل من بلد البائع الى بلد المشتري مقابل ثمن يتم تسديده بطرق معينة.[١]

وتتم هذه العقود عادة دون رؤية المبيع ببيان نوع البضاعة ، وأرقامها ، وعلاماتها التي تميزها عن غيرها من البضائع وتكون مميزة بعلامة خارجية ظاهرة ، أي "الصفات الكاشفة"، وتفرّغ هذه المعلومات وتدون في سند الشحن وهي ليست أوراقاً تجارية تمثل مبلغا معينا من النقود يسهل الحصول عليه ، ومع ذلك يجوز تداولها تظهيراً ، ويعتبر تظهيرها بمثابة بيع للأعيان التي هي وثائق بها[٢]. وهذه العقود من قبيل بيع العين الغائبة[٣] ، وتطبق عليها أحكام بيع العين الغائبة ، فلا يتم القبض ، ولا يلزم العقد إلا بوصول البضاعة الى المشتري ، ومطابقتها للمواصفات الكاشفة المدونة في سند الشحن ، وإلا فللمشتري الخيار بين إمضاء البيع وفسخه إذا لم تكن مطابقة للمواصفات الكاشفة وهذا رأي الجمهور من الفقهاء. ومن المعلوم أن رؤية الوكيل للبضاعة رؤية للموكل ، ورؤية البعض تغني عن رؤية الكل. وتظهر أهمية القبض في عقود التجارة الدولية لما لها من مفهوم ذاتي خاص بها ، قوامه على السرعة في إبرام العقود لمعاودة بيعها ثانية ،

---

(١) النبهاني : تقي الدين النبهاني : النظام الاقتصادي في الاسلام صفحة ٢٤٤، الطبعة الخامسة لسنة ١٣٧٢هـ.

(٢) عبده : عيسى عبده : العقود الشرعية الحاكمة ، الطبعة الأولى ، لسنة ١٣٩٧هـ.

(٣) بيع العين الغائبة : وهو بيع ما لم يراه المتعاقدان أو أحدهما وإن كان حاضرا في المجلس ، سواء كان في نفس البلد أو خارج البلد. وفي بيع العين الغائبة ثلاثة مذاهب الأول : للشافعية لا يصح بيع العين الغائبة ، والثانية للحنفية يصح إذا وصفه وللمشتري خيار إذا راه ، والثالث للمالكية يصح وللمشتري الخيار على غير ما وصف. النووي : المجموع ٣٠١/٩، وأرى أن يصح بيع العين الغائبة وهو قول الجمهور من الحنفية والمالكية والحنابلة وقول عند الشافعية، وذلك لقوة أدلتهم وللتيسير على الناس.

أو تخزينها لعرضها في ظروف أفضل. وتتم هذه العقود عن طريقين ، إما بمباشرة المستورد والمصدر ، أو عن طريق فتح الاعتمادات المستندية لدى المصارف.

الطريقة الأولى : أن يتولى المستورد والمصدر مباشرة إبرام العقد بدون وساطة ، وذلك بأن يبعث المشتري طلبا بالبضاعة المراد شراؤها مع مواصفاتها الكاشفة ويوافق البائع على ذلك ، ويقوم بإرسالها الى المشتري بإحدى الطرق المعتمدة في النقل التجاري. ولما كان مقصود هذه العقود ، وثمرتها لا تتحقق إلا بالقبض فيحتاج ذلك من البائع إلى أن يفي بالتزامه بتسليم البضاعة الى المشتري ، وتمكينه منها بإزالة الموانع ، وهذا يحتاج الى أمر زائد عن التسليم ، وهو تسليم سند الشحن الذي يمثل البضاعة ، وبدون تسليمه لسند الشحن لا يعتبر البائع موفيا بالتزامه. وهذا السند لا ينقل السيطرة المادية على البضاعة، ولكنه ينقل الحق في المطالبة بتسليم البضاعة عند الوصول ، والحق في التصرف في البضاعة أثناء الطريق بيعا ، ونحوه من سائر التصرفات التي يتوقف نفاذها على تسلم سند الشحن.

والقبض يتم في هذه العقود بحسب صورة البيع المتفق عليها(١) فإما أن يتفقا على التسليم في ميناء الوصول أو في ميناء القيام.

ففي ميناء الوصول يلتزم البائع بشحن البضاعة ، ولا يتم التسليم للبضاعة الا بعد وصولها الى المكان المتفق عليه ، وفي هذه الصورة يتحمل البائع تبعات الهلاك ، وتكون البضاعة في ضمانه الى ان يتم تسلمه من قبل المشتري ، وذلك بتمكينه منها برفع الموانع، فلا يجوز للمشتري أن يتصرف في البضاعة بأي تصرف كان إلا بعد قبضها حقيقة أو حكما.

---

(١) ذياب : حسن ذياب : العقود التجارية وعقد البيع ، سيف ص١٣ ، ص٣٢، الناشر : المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، الطبعة الاولى لسنة ١٤١٩هـ.

وفي ميناء القيام يتم تسليم البضاعة للمشتري ، أو وكيله ، بعد أن ينقلها البائع ويضعها على الشاحنة. ويلتزم المشتري بمصاريف نقلها ، وتكون في ضمانه. ويتحمل تبعات الهلاك ، وله أن يتصرف بالبضاعة بيعا ونحوه ، أثناء الطريق وقبل وصول البضاعة ، ولا يتم هذا إلا بعد تسلم سند الشحن لأنه يعتبر بمثابة البضاعة في العرف التجاري ، ويعتبر تسليما حكما لاستحالة تسليم البضاعة حقيقة أثناء النقل ، ولا يمكن للمشتري الثاني أن يبيع البضاعة بعد تسلمه سند الشحن من المشتري الأول إلا بعد وصول البضاعة وتسلمها حقيقة.

الطريقة الثانية : أن تتم التجارة الدولية عن طريق المصرف ، وذلك بفتح الاعتمادات المستندية لدى المصرف المعني بذلك ، والاعتماد المستندي هو تعهد كتابي صادر من بنك بناء على طلب مستورد لصالح مورد يتعهد فيه البنك بدفع او قبول كمبيالات مستندية مرفقا بها مستندات الشحن إذا قدمت مطابقة لشروط الاعتماد.(١) وقد قرر الفقهاء أن للدفاتر قوة الاثبات عند البياع ، والصراف ، والسمسار ، قال ابن عابدين : "خط السمسار والصراف حجة للعرف التجاري به".(٢)

والنظر هنا في ثلاثة احتمالات(٣) :

الاحتمال الأول : أن يكون لفاتح الاعتماد رصيد في المصرف يغطي ثمن البضاعة المراد استيرادها بالكامل ، ويراعى أن تكون الاجرة لفتح الإعتماد خفيفا ، فالمصرف في هذه الحالة يمكن أن يعتبر وكيلا عن المستورد ، ويتسلم المستندات المتصلة بالمبيع، ويسلم الثمن للمصدر في الخارج ، فتسلمه البضاعة يكون قبضا ، ومن المعلوم أن قبض الوكيل كقبض الموكل.

---

(١) جمال : غريب جمال : المصارف والأعمال المصرفية ص١٠٠، الناشر : دار الشروق ، الطبعة لسنة ١٣٩٢هـ.

(٢) نقل عن المصارف والأعمال المصرفية لغريب جمال ص٢٦٦ بتصرف.

(٣) السالوس : علي أحمد السالوس : المعاملات المالية المعاصرة ص١٢١. النشر : مكتبة الفلاح-الكويت ، الطبعة الأولى لسنة ١٤٠٦هـ-١٩٨٦م. وانظر ص١٥٠.

الاحتمال الثاني : أن يكون لفاتح الاعتماد رصيد يغطي جزءا من ثمن البضاعة، وفي هذه الحالة يقوم المصرف بتغطية ما تبقى من ثمن البضاعة ، وفي هذه الحالة يمكن أن يعتبر البنك كشريك ، فتسلمه للبضاعة مع توفر الشروط المطلوبة يعتبر قبضا. ويقول خفاجي : "ففي مثل هذه المعاملات يجب تطبيق قواعد المشاركة مع الغاء الفائدة ، أو تطبيق قواعد الحوالة المعروفة في الفقه والغاء الفائدة ، ويتولى المصرف تحويل عمليات التجارة الخارجية في اسلوب المشاركة أو الحوالة ، وهي نقل الدين من ذمة الى أخرى بدين مماثل له".[(١)]

الاحتمال الثالث : ان لا يكون لفاتح الاعتماد رصيد لدى المصرف ، ولا يمكنه تغطية البضاعة فيقوم البنك بتمويل هذه الصفقة بالكامل ، ويعتبر البنك كمرابح بشروط المرابحة المعتبرة شرعا، وصورة الوعد بالشراء مرابحة أن يطلب العميل من المصرف شراء سلعة معينة يحدد جميع أوصافها ، والثمن الذي سيشتريها به العميل بعد إضافة الربح المتفق عليه بين العميل والمصرف ، ويتعهد العميل بشراء السلعة من المصرف بعد ملك المصرف للسلعة وحيازتها[(٢)] ، ويقول حسن الأمين : "وللبنك أن يبيعها لطالب الشراء الأول أو لغيره"[(٣)] ، فيكون قبضه للبضاعة قبضا للبنك ، وتبقى السلعة في ضمان المصرف طيلة الفترة التي تسبق التسليم ، ويتحمل المصرف جميع المخاطر التي تتعرض لها السلعة من وقت خروجها من مخازن الشركة المصدرة وحتى يتسلمها العميل الذي طلبها في المكان المحدد. ولا يتم قبض العميل للبضاعة إلا بعد وصولها الى المكان المتفق عليه ، ويتم العقد بين العميل والمصرف بعد أن يرى العميل البضاعة ، ويخلي بينه وبين البضاعة حسب العرف التجاري ، وبذلك يتم القبض من قبل العميل ، وينتقل

---

(١) خفاجي : الاسلام ونظرية الاقتصاد ص١٦٧، ص١٦٨.

(٢) السالوس : المعاملات المالية المعاصرة ص١٤٦-١٥٠.

(٣) الأمين : حسن عبد الأمين : الودائع المصرفية واستثمارها في الاسلام ص٣٢٥. الناشر : دار الشروق-ام القرى، الطبعة الأولى لسنة ١٤٠٣هـ.

اليه ضمان السلعة ، ويستطيع أن يتصرف بها بيعا وبأي تصرف من التصرفات ، لأنه المالك الحقيقي للسلعة وتهلك على حسابه.

والمصارف على اعتبار الإلزام للآمر بالشراء مرابحة تعتمد نموذجين : أحدهما للمواعدة، والآخر للمرابحة ، فيشتري المصرف البضاعة ثم يبيعها للآمر ويوقع معه العقد بعد حيازته للبضاعة ، فتبقى في ضمان المصرف ويتحمل تبعات الهلاك إلا أن يتم تسليمها للمشتري تسليما حقيقيا أو حكميا.[1] هذا إذا كانت البضاعة من السوق الخارجية، أما إذا كانت في السوق المحلية فيكون التسليم بأن يذهب موظف البنك لشراء السلعة المطلوبة بالفاتورة المسلمة اليه من طالب الشراء ، ثم يترك السلعة عند البائع أمانة في يد البائع ، وذلك بعد أن يخلي البائع بين السلعة والموظف ، ويمكنه من قبضها فتنقلب يد البائع على السلعة من يد ضمان الى يد أمانة بعد البيع ، أو أن يتم نقلها الى مخازن ومستودعات البنك ثم يخبر الآمر بالشراء أن المصرف اشترى السعة المطلوبة والحرية الكاملة للمشتري في عقد البيع في أن يتم عقد البيع أو لا يتم، فإن عقد البيع ، تم البيع ويتسلم السلعة حقيقة أو يعطيه المصرف إذنا بتسلمه إياها.

(١) ملحم : احمد سليم عبد الله ملحم : بيع المرابحة وتطبيقاتها في المصارف الاسلامية ص١٦٦. الناشر : الرسالة الحديثة-عمان ، الطبعة الأولى لسنة ١٤١٠هـ-١٩٨٩م.

المبحث الثاني

القبض في بعض الأوراق التجارية[1] ، والحوالات المصرفية

أولا : الأوراق التجارية :

هي صكوك ثابتة قابلة للتداول بطريقة التظهير تمثل حقا نقديا وتستحق الدفع بمجرد الاطلاع عليها أو بعد أجل قصير ، ويجري العرف على قبولها كأداة للوفاء بدلا من النقد ، ومن هذه الأوراق الشيك.

الشيك : يتضمن أمرا مكتوبا يطلب فيه الساحب من المسحوب أن يدفع بمجرد الاطلاع عليه مبلغا معينا من النقود لشخصه أو لحامله[2]، والشيك في نظر الناس وعرفهم وثقتهم يعتبر بمثابة النقود الورقية ، وانه يجري تداولها كالنقود تظهيرا وتحويلا وهي محمية بقوانين دولية[3] ، ويتعبر قبض ورقة الشيك كقبض مضمونه ، أي أن تسليم المصرف الوسيط شيكا بقيمة ما قبض من طالب التحويل يعتبر بمثابة دفع بدل الصرف في المجلس ، وبذلك يكون الصرف قد استوفى شريطته الشرعية لصحته وهي التقابض للبدلين في المجلس ، وينتقل الشيك من شخص لآخر بالتظيهر ، وهو بيان يكتبه حامل الورقة على ظهرها أو على وصلة مرفقة بها لينقل بمقتضاها بعض أو كل الحقوق الى شخص آخر.[4] وإذا كان الشيك لحامله فيكتفى بالمناولة والتسليم من يد الى يد ليصبح في ملكلية الغير الحائز له ، ويتيسر لحامله الحصول على النقود فورا واستعماله لتسوية

---

(١) كريم : زهير عباس كريم : النظام القانوني للشيك : دراسة فقهية قانونية مقارنة ص١١٥-١١٧. الناشر : دار مكتبة التربية-بيروت ، مكتبة الثقافة-عمان ، الطبعة الاولى لسنة ١٩٩٧.

(٢) خفاجي : الاسلام ونظرية الاقتصاد ص١٥٩ ، سامي : فوزي محمد سامي : شرح القانون التجاري ٢/٢٩٣. الناشر: دار مكتبة التربية-بيروت ، دار مكتبة الثقافة للنشر-عمان ، الطبعة لسنة ١٩٧٧م.

(٣) عبده : عقود الشريعة الحاكمة ص٢٤٨.

(٤) عبده : عقود الشريعة الحاكمة ص٢٥٨.

الديون ، فهو أداة ائتمان ووفاء ونقد ومحمي بقيود شكلية ومؤيدات جزائية.[١] فتسليم المصرف الوسيط شيكا بقيمة ما طلب من طالب التحويل قبضا حكما كأنه دفع بدل الصرف في المجلس ، وبذلك يكون الصرف قد استوفى شريطته الشرعية[٢] ويشترط في قبض الشيك مؤرخا للسحب في اليوم نفسه وله رصيد كاف ، وقد ترد اعتراضات على أن قبض الشيك قبض لمحتواه ومؤداها هو الغرر كأن لا يكون له رصيد ، أو يوقف الصرف بأمر ، ويجاب عن ذلك بأن هذه المخاطر لا تقل عن مخاطر النقود من حيث زيفها وعدم معرفة الجاني ، فالقانون لا يحمي حامل النقود المزيفة ، أما حامل الشيك فمحمي في القانون إذ يعتبر سحب الشيك بدون رصيد من الجرائم التي يعاقب عليها القانون بأشد العقوبات ، وباعتبار الشيك وثيقة بدين تقضي بإحالته من ذمة ساحبه الى ذمة المسحوب عليه مع بقاء مسؤولية ساحبه حتى سداده ، فالحوالة تعتبر بمنزلة القبض ، وقد يكون الشيك بمثابة توكيل للقبض ، ولا شيء في هذا ، وقد يتم الصرف بوسائل أخرى كأوامر الصرف الخطية أو ايصالات الصرف العادية ، أو التعليمات الكتابية ، وكل ذلك جائز.[٣]

ثانياً : الحوالات المصرفية[٤] :

الحوالة عقد حديث لم يجر التعامل به على هذا الوجه المركب سابقا ، ولم يدل دليل شرعي على منعه من حيث أصله ، فالحوالة أمر كتابي يصدره العميل إلى بنكه

---

(١) كريم : زهير عباس كريم : النظام القانوني للشيك ص١١٧، الناشر : دار مكتبة التربية-بيروت ، الطبعة الاولى لسنة ١٩٩٧م.

(٢) عبده : عقود الشريعة الحاكمة صفحة ٢٤٩.

(٣) السالوس : المعاملات المالية المعاصرة صفحة٩٠.

(٤) عبده : العقود الشرعية الحاكمة ص٢٤١-٢٥٧ ، جمال : المصارف والأعمال المصرفية صفحة١١١.

ليدفع مبلغا معينا من النقود إلى شخص ثان يقيم في بلد آخر[١] . ومن المقرر والثابت أن القبض في النقود لا بد من أن يتم في المجلس للاجماع ، على ذلك فيجب أن لا يمس ، إلا أن العرف قد يتحكم في بعض صور القبض المعاصرة فيحكم عليها بالقبض أو عدمه. فالبنوك إما أن تتعامل بالنقود مناجزة فيدفع العميل النقود التي يريد بيعها ويأخذ في مقابله النقود التي يريدها ، فهذا لا إشكال عليه لأن التقابض للبدلين قد تم في مجلس العقد وإن طال ، وهذا هو شرط صحة الصرف. وعمليات التحويل للنقود هي أن يدفع شخص مبلغا من النقود طالبا تحويلها الى من يسميه في بلد أخر ، فتسلم الشخص الطالب للتحويل ورقة التحويل يعتبر بمثابة قبض وهذا وفاء بنفس النقد[٢] ، أما الوفاء بنقد مغاير فهو صرف ، وشرط صحة الصرف التقابض في مجلس التحويل ، وهذا يقتضي أن يدفع طالب التحويل الى المصرف الأوراق النقدية التي يحملها وأن يصرفها بالأوراق النقدية من الجنس الآخر المطلوب ، ويقبضها بالفعل من المصرف ثم يسلمها اليه ليوفيه إياها في البلد الأخر من نفس الجنس ، فهنا عملية التحويل تتم في عمليتين فالاولى مصارفة يقع فيها التقابض ، والثانية سفتجة[٣] ، "وهي اقراض لسقوط خطر الطريق فكأنه أحال الخطر المتوقع على المستقرض فكان في معنى الحوالة ، وإذا لم تكن المنفعة مشروطة ولا متعارفة فلا

---

(١) نضال صبري ، محمد هاشم جبر : البنوك الاسلامية وأصولها الادارية والمحاسبية صفحة ١٨، الطبعة الاولى لسنة ١٤٠٦هـ.

(٢) عبده : المعاملات الشرعية الحاكمة صفحة ٢٤١.

(٣) السفتجة : مفرد سفاتج ، وهي تعريب سفته ، بمعنى الحكم ، وهي اقراض لسقوط خطر الطريق ، أو هي كتاب صاحب المال لوكيله أن يدفع مالا قرضا يأمن به خطر الطريق. انظر التعريفات للجرجاني ١٣٥، المصباح المنير للفيومي ٢/٢٩٨ ، والسفتجة عن الحنفية والشافعية وبعض المالكية ورواية عن أحمد أنها حرام والعقد فاسد إذا كان ذلك مشروطا في عقد القرض ، لأنه قرضا جر نفعا فيشبه الربا ، أما الرواية الثانية عن أحمد أنه قال بجوازها لكونها مصلحة لهما جميعا ولم ير به بأسا ابن عباس وابن سيرين ، واستثنى المالكية ما إذا كان الخوف على النفس والمال فلا حرمة بالعمل بها بل يندب تقديما لمصلحة حفظ النفس والمال على مضرة سلف جر نفعا.وأما إذا كان غير مشروط والمقترض هو الذي كتب السفتجة جاز لأنه من حسن القضاء ، انظر ابن عابدين ، حاشية الرد ٤/١٧٤ ، الدسوقي ، حاشية الدسوقي ٣/٢٢٥ ، الشيرازي : المهذب ٣/٨٤ ، ابن قدامة : المغني ٤/٢٦٠.

بأس"[١] ، فيدفع فيها مبلغ من الجنس الذي صرفه ويستوفي نظيره من نفس الجنس من البلد الآخر ، ولكن هذه التجزئة الفعلية لعملية التحويل لا تحصل وإنما الذي يحصل بعد دفع المبلغ المراد تحويله الى المصرف يقوم المصرف بتسليمه ايصالا بالمبلغ المحول يتضمن حوالة على مصرف عميل في البلد الآخر ، ويسلمه الى من حرر الشيك لأمره ليقبضه[٢] ، وعملية تحويل المبلغ من العملة المحلية الى العملة الأجنبية في قوة المصارفة يدا بيد. فإن تسليم المصرف الوسيط شيكا بقيمة ما قبض من طالب التحويل يعتبر بمثابة دفع بدل الصرف في المجلس ، أي أن قبض الشيك قبض لمحتواه وبذلك يكون الصرف قد استوفى شرط صحته الشرعية وهي التقابض في المجلس للبدلين فتقوم مقام القبض، فإجراء القيود الحسابية لعملية التحويل والعميل ما زال قائما في مجلس الاتفاق هي ايجاب وقبول عرفا ، فالبنك بالنيابة عن العميل ، وبالاصالة عن نفسه ، فقامت القيود الحسابية مقام النقل لضرورات ، وتتم بوساطة إشعار أو خطاب أو تلفون أو أية وسيلة أخرى.[٣]

فإجراء العقود المحاسبية المتعلقة بعملية التحويل وتسليمه إشعارا بذلك للعميل في المجلس يقوم مقام القبض ، وبذلك جرى العرف التجاري ، واعتبره ملزما لمن أصدره.

---

(١) ابن عابدين : حاشية الدر المختار على الرد المحتار ٣٥٠/٥.

(٢) عبده : العقود الحاكمة صفحة ٢٤٧.

(٣) الهمشري : مصطفى عبد الله الهمشري : الأعمال المصرفية والاسلام ص٢٧٣-٢٧٤. الناشر : مكتبة الحرمين- الرياض ، الطبة الثانية لسنة ١٤٠٣هـ.

المبحث الثالث

الأوراق المالية

وهي الصكوك ذات القيمة المالية التي تصدرها الشركات ، أو الدول من أسهم وسندات[١] قابلة للتداول في سوق الأوراق المالية[٢] ، ومن هذه الأوراق الأسهم ، والأسهم جمع سهم وهو الحظ والنصيب[٣] ، وعند علماء القانون التجاري هو حصة في رأس مال الشركة معروفة القيمة من حصص الناس في مشروعات اقتصادية ، والحصة التي يقدمها الشريك في شركة مساهمة وتمثل جزءا من رأس مال الشركة ، ويتمثل السهم في صك يعطى للمساهم ويكون وسيلة لإثبات حقوقه في الشركة. ويحصل قبض الأسهم بحسب نوعها ، فالأسهم الإسمية وهي التي بوضع اسم مالكها عليها تنتقل ملكيتها بنقل قيدها في سجل المساهمين ، أو تظهيرها ولا يحتج تجاه الشركة بانتقال الأسهم إلا بعد تسجيلها في سجل المساهمين الموجود في الشركة[٤] ، أما الأسهم التي تكون لحامله أي لاتحمل اسم مالكها فيحصل قبضها بتسليم الصك لحامله ، وتتداول بالتسليم من يد الى يد دون الحاجة الى التنازل في دفاتر الشركة ، وعند الاختلاف المرجع في القبض الى العرف ، ونصوص اللوائح الأساسية للشركة.

---

(١) السند : فهو صورة من صور عرض القرض ولها فائدة ثابة من قيمتها الاسمية ، وهو قرض ربوي فالعقد باطل لا يقره الشرع فلا يحل التعامل في السندات ، انظر السالوس ، المعاملات المالية المعاصرة ، ص١٧١.

(٢) خفاجي : الاسلام ونظرية الاقتصاد صفحة١٧٠.

(٣) الزيات : المعجم الوسيط ٤٥٩/٢، مادة سهم.

(٤) سامي : د. فوزي محمد سامي : شرح القانون التجاري ١٤٥/٤، الناشر دار مكتبة التربية-بيروت ، الطبعة لسنة ١٩٧٧م.

الخاتمة وأهم النتائج التي توصلت إليها

الحمد لله الذي سهل لعباده المتقين الى مرضاته سبيلا وأوضح لهم طرق الهداية والصلاة والسلام على خاتم انبيائه محمد صلى الله عليه وسلم المبعوث رحمة للعالمين وعلى آله وصحبه الكرام الغر الميامين ، إن من ميزة الفقه في الشريعة الإسلامية مرونة نصوصه ، فهو قادر على استيعاب ما يجد من مشكلات الحياة ووضع الحلول المناسبة لها ويعطيها تكيفا معينا على ضوء الاسس العامة والقواعد الكلية في الشريعة الاسلامية ، فبعد أن انهيت بحمد الله تعالى ورعايته الكتابة في موضوع القبض وأثره في العقود ، ودراسة مسائله دراسة فقهية مقارنة حسب المذاهب الفقهية المختلفة في الشريعة الاسلامية والبحث عنها في بطون المصادر المعتمدة من كتب التفسير وعلومه والحديث وعلومه والفقه الاسلامي وأصول الفقه توصلت الى أهم النتائج التالية :

أولا : إن القبض لا معنى خاص له في اللغة ولا في القرآن الكريم ولا في السنة النبوية الشريفة وقد اعتبره الشرع وأطلقه فالمرجع فيه الى العرف.

ثانيا : إن العقد عند اطلاقه يراد به المعنى الخاص وهو الربط بين إرادتين بحيث يظهر أثره في محله ويرتب عليه الشارع آثارا.

ثالثا : إن للقبض علاقة وثيقة بالعقد فهو أحد موجباته وأثر من آثاره.

رابعا : إن ضابط القبض هو العرف ويتغير العرف بتغير الأزمنة والأمكنة ، وجاءت أقوال الفقهاء محكومة بأعراف زمانهم وهي ليست حجة على أعراف زماننا فتتغير طرق القبض تبعا لتغير الأعراف.

خامسا : لكي يقع القبض صحيحا ويكون معتبرا شرعا وتترتب عليه آثاره يجب ان تتوفر فيه شروط اعتبرت في صحته كالأهلية والإذن.

سادسا : إن للقبض إذا تم صحيحا أثراً على العقود فيؤدي الى انتقال الضمـــــان وإلـــى انتقال التصرف والى وجوب بذل العوض.

سابعا : إن التجارة الدولية تتم بطريقتين إما أن تكون مباشرة بين المصدر والمســـتورد فيكون لسند الشحن الأثر في انتقال الضمان والتصرف فيقـــوم مقـــام القبـــض الحقيقي ، وإما أن يتم عن طريق المصارف ، فيكون قبض المصـــــرف قبضـــا للعميل إذا كان وكيلا أو شريكا ، أما إذا كان مرابحا فلا يكون قبض المصـــرف قبض للعميل.

ثامنا : إن القبض في الحوالات المصرفية يتم بإجراء القيود الحسابية داخل المصـــــرف دون وجود القبض الحقيقي

تاسعا : إن قبض الشيك يكون بالمناولة أو بالتظهير وبذلك يكون قبضه قبضا لمحتواه.

عاشرا : إن قبض الأسهم في الشركات يكون بالمناولة وبالتظهير وبـــالقيد فـــي دفـــاتر الشركة.

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين

الفهـــارس

فهرس الأحاديث الشريفة

رقم الصفحة	طرف الحديث	الرقم
١٠٧	ليس لنا مثل السوء	٢٧.
١٠٧	العائد في هبته ...	٢٨.
١٠٨	من نفس عن مؤمن كربة	٢٩.
١٦٣،١١٢	أغضبا يا محمد قال لا ...	٣٠.
١١٤	اشتريها فاعتقيها ...	٣١.
١١٦	إذا ما الانسان انقطه عمله ...	٣٢.
١١٧	أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر عمر بن الخطاب أن تصدق ...	٣٣.
١٢١	لا تبيعوا الذهب بالذهب...	٣٤.
١٢١	نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن الفضة بالفضة ...	٣٥.
١٢٤	الذهب بالورق ربا...	٣٦.
١٢٥	الذهب بالذهب ربا ...	٣٧.
١٢٨	من سلف فليسلف في كيل ...	٣٨.
١٦٦،١٣٩	لا يغلق الرهن	٣٩.
١٧١،١٤٥	لا يحل سلف وبيع ...	٤٠.
١٤٦	الخراج بالضمان ...	٤١.
١٦٣،١٥٩	على اليد ما أخذت ...	٤٢.
١٦٢	ليس على المستعير ...	٤٣.
١٦٥	ذهب حقك ...	٤٤.
١٦٩	نهى عن بيع الحصاة	٤٥.
١٧٠	إذا ابتعت طعاما ...	٤٦.
١٧٠	من اشترى طعاما بكيل ...	٤٧.
١٧٥	أم الذي نهى عنه فهو الطعام	٤٨.

فهرس الآثار

فهرس الأعلام

الرقم	العلم	رقم الصفحة
٣٩.	الحاكم النيسابوري	٦٦
٤٠.	عثمان بن عفان	١٠٦،٨٧،٦٤
٤١.	ابن ماجة (محمد بن يزيد)	٦٤
٤٢.	مسلم بن الحجاج النيسابوري	٦٤
٤٣.	الذهبي (محمد بن عثمان)	٦٦
٤٤.	مصطفى الزرقاء	٦٨
٤٥.	ابو يوسف صاحب ابي حنيفة	١٦٨،١١٦،١١٠
٤٦.	الاثرم (احمد بن محمد الطائي)	١٧٣،٧٤
٤٧.	ابن شبرمة (عبد الله بن شبرمة)	٧٥
٤٨.	البيهقي (ابو بكر بن الحسين)	٨٧
٤٩.	قتادة بن دعامة	٩٤
٥٠.	ابن ابي ليلى (محمد بن عبد الرحمن)	٩٤
٥١.	النجاشي	١٠٥
٥٢.	ام سلمة ام المؤمنين	١٠٥
٥٣.	عبد الله بن مسعود	١٠٧
٥٤.	علي بن ابي طالب	١٦٠،١١٧،١٠٧
٥٥.	صفوان بن امية	١٦٣،١١٢
٥٦.	بريرة بنت صفوان	١٥٤،١١٤
٥٧.	حفصة بنت عمر ام المؤمنين	١١٧
٥٨.	الحسن بن علي	١١٨
٥٩.	فاطمة الزهراء بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم	١١٨
٦٠.	ابو سعيد الخدري	١٢١

الرقم	العلـــم	الصفحة
٦١.	عبد الرحمن بن ابي بكرة	١٢١
٦٢.	شريح بن الحارث الكندي	١٦٠
٦٣.	مالك بن أوس	١٢٤،١٦٠
٦٤.	جعفر بن محمد	١٦٠
٦٥.	عطاء بن يسار	١٦٥
٦٦.	احمد بن حنبل	١٧١
٦٧.	سعيد بن المسيب	١٦٦
٦٨.	ابن عبد البر بن يوسف القرطبي	١٧٣

مراجع البحث

١. القرآن الكريم وعلومه

٢. كتب الحديث الشريف وعلومه

٣. كتب الاصول والقواعد الفقهية

٤. كتب المذاهب الفقهية

- كتب الفقه الحنفي
- كتب الفقه المالكي
- كتب الفقه الشافعي
- كتب الفقه الحنبلي
- كتب الفقه الظاهري

٥. كتب فقهية حديثة وقانونية

٦. كتب اقتصادية واقتصاد اسلامي

٧. كتب اللغة والمعاجم

٨. كتب تراجم الرجال

مراجع البحث

أولا : مراجع القرآن الكريم وعلومه:

١. القرآن الكريم

٢. الألوسي : أبو الفضل شهاب الدين السيد محمود الألوسي البغدادي المتوفى ١٢٧٠هـ : روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني : الناشر المطبعة المبرية – القاهرة من غير تاريخ.

٣. الجصاص : ابو بكر احمد بن علي الرازي الجصاص الحنفي المتوفى سنة ٣٧٠هـ : أحكام القرآن : الناشر دار الكتاب العربي-بيروت ، الطبعة الأولى ١٣٢٥هـ، وطبعة الأوقاف الاسلامية في استانبول لسنة ١٣٣٥.

٤. الزمخشري : جار الله محمود بن عمر الزمخشري المتوفى سنة ١٥٣٠هـ : الكشاف عن حقائق غوامض التنزيل وعيون الأقاويل في وجوه التأويل ، الناشر : دار المعرفة -بيروت، بلا.

٥. سلامة : أحمد محمد سلامة : شرح معاني الاثار ، الناشر : دار الكتب العلمية-بيروت ، الطبعة الأولى لسنة ١٣٩٩هـ.

٦. الشافعي : محمد ابن ادريس الشافعي المتوفى سنة ٢٠٤هـ : أحكام القرآن ، الناشر : دار الكتب العلمية-بيروت ، الطبعة لسنة ١٣٩٥هـ – ١٩٧٥م.

٧. الشوكاني : محمد بن علي بن محمد الشوكاني المتوفى سنة ١٢٥٠هـ : فتح القدير الجامع بين فن الرواية والدراية من علم النفسير ، الناشر : دار الفكر – بيروت ، بلا.

٨. الطبري : أبو جعفر محمد بن جرير الطبري متوفى سنة ٣١٠هـ : جامع البيان عن تأويل آي القرآن ، الناشر : دار المعرفة ، بيروت ، الطبعة الأولى لسنة ١٣٢٢هـ وبهامشه

تفسير غرائب القرآن ورغائب الفرقان لنظام الدين الحسن بن محمد بن حسين النيسابوري ، أعيد طبعه بالاوفست لسنة ١٤٠٠هـ.

٩. ابن العربي : ابو بكر محمد بن عبد الله المعروف بابن العربي المالكي (٤٦٨-٥٤٣هـ): أحكام القرآن ، الناشر : دار المعرفة-بيروت ، الطبعة الأولى لسنة ١٤٠٧هـ، تحقيق علي محمد البجاوي.

١٠. القرطبي : ابو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي المتوفى سنة ٦٧١هـ : الجامع لأحكام القرآن الكريم ، الناشر : دار الشعب بالقاهرة ، بدون تاريخ.

١١. الماوردي : ابو الحسن على بن محمد بن حبيب الماوردي البصري ٣٦٤-٤٥٠هـ: النكت والعيون تفسير الماوردي ، الناشر : دار الكتب العلمية ، بيروت ، راجعه عبد المقصود بن عبد الرحيم.

ثانيا : كتب الحديث وعلومه :

١. الآبي : محمد بن خليفة الوشناني الآبي (٨٢٧-٨٢٨هـ) : شرح صحيح مسلم المسمى اكمال اكمال المعلم وشرحه المسمى مكمل إكمال الاكمال لمحمد بن محمد بن يوسف السنوسي ، صححه محمد سالم هاشم ، الناشر : دار الكتب العلمية-بيروت ، الطبعة الأولى ١٤١٥هـ.

٢. الألباني : محمد ناصر الدين الألباني : ارواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل بإشراف محمد زهير الشاويش ، الناشر المكتب الاسلامي ، الطبعة الثانية لسنة ١٤٠٥هـ.

٣. البخاري : محمد بن اسماعيل بن ابراهيم بن المغيرة بن بردزية البخاري المتوفى سنة ٢٥٥٦هـ : صحيح البخاري مع الفتح ، الناشر : دار الفكر-بيروت، بلا.

٤. البيهقي : ابو بكر أحمد بن الحسين البيهقي ، المتوفى سنة ٤٥٨هـ : السنن الكبرى ، الناشر: دار صادر ، الطبعة الأولى لسنة ١٣٥٢هـ.

٥. الحاكم : الحافظ ابو عبد الله محمد المعروف بالحاكم النيسابوري ، المستدرك على الصحيحين في الحديث ، وفي ذيله تلخيص المستدرك للذهبي ، الناشر : دار الفكر -بيروت، الطبعة لسنة ١٣٩٨هـ.

٦. ابن حنبل : أبو عبد الله احمد بن حنبل توفي سنة ٢٤١هـ : المسند ، الناشر : دار الفكر ، الطبعة الثانية لسنة ١٣٩٨هـ.

٧. الدار قطني : علي بن عمر الدار قطني المتوفى سنة ٣٨٥هـ :سنن الدار قطني ، الناشر : دار المحاسن-القاهرة ، الطبعة ، لسنة ١٣٨٦هـ.

٨. ابو داود : الحافظ ابو داود سليمان بن الأشعث السجستاني الأسدي : سنن ابي داود ، الناشر : دار احياء السنة النبوية.

٩. الزيلعي : جمال الدين ابو محمد عبد الله بن يوسف الحنفي الزيلعي ، المتوفى سنة ٧٦٢هـ، نصب الراية لأحاديث الهداية ، الناشر : مطبعة دار المأمون القاهرة ، الطبعة الأولى لسنة ١٣٥٧هـ.

١٠. السيوطي : جلال الدين السيوطي : سنن النسائي بشرح الحافظ جلال الدين السيوطي وحاشية الامام السندي ، الناشر : دار الكتاب العربي-بيروت ، المطبعة الأهلية.

١١. سورة : ابو عيسى محمد بن عيسى بن سورة (٢٠٩-٢٩٧هـ) : الجامع الصحيح-سنن الترمذي- الناشر : دار احياء التراث الأدبي-بيروت.

١٢. الشوكاني : محمد بن علي بن محمد الشوكاني ، المتوفى سنة ١٢٥٠هـ : نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار ، الناشر : مصطفى البابي الحلبي- القاهرة، الطبعة الأخيرة لسنة ١٩٦١هـ.

١٣. الطحاوي : أبو جعفر أحمد بن محمد بن سلامه الازدي الطحاوي ٢٢٩-٣٢١: شرح معاني الآثار ، الناشر دار الكتب العلمية، بيروت ، الطبعة الاولى لسنة ١٣٩٩هـ.

١٤. الصنعاني : محمد بن اسماعيل الكحلاني الصنعاني المعروف بالأمير (١٠٥٩-١١٨٢هـ): سبل السلام شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام ، الناشر دار احياء العربي ، الطبعة الرابعة لسنة ١٣٧٩هـ.

١٥. العسقلاني : الحافظ ابو الفضل شهاب الدين احمد بن محمد بن حجر العسقلاني المتوفى سنة ٨٥٢هـ : فتح الباري بشرح صحيح البخاري ، الناشر : دار الفكر-بيروت، بلا.

١٦. العسقلاني : الحافظ ابو الفضل شهاب الدين احمد بن محمد بن حجر العسقلاني المتوفى سنة ٨٥٢هـ : تلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير ، الناشر : شركة الطباعة الفنية المتحدة-القاهرة.

١٧. العسقلاني : الحافظ ابو الفضل شهاب الدين احمد بن محمد بن حجر العسقلاني المتوفى سنة ٨٥٢هـ : تهذيب التهذيب ، الطبعة الأولى ، مجلس إدارة الأوقاف في الهند ١٣٠٥هـ.

١٨. العيني : بدر الدين ابو محمد محمود بن احمد العيني المتوفى سنة ٨٥٥هـ : عمدة القاري شرح صحيح البخاري ، الناشر: دار الفكر ببروت ، بلا.

١٩. ابن ماجة : الحافظ ابو عبد الله محمد بن يزيد القزويني (٢٠٧-٢٧٥هـ) : سنن ابن ماجة، الناشر : دار احياء الكتب العربية، الطبعة لسنة ١٣٧٢هـ ، حققه محمد فؤاد عبد الباقي.

٢٠. الماريديني : على بن عثمان الماريديني : الجوهر النقي ، الناشر : دار صادر، الطبعة الاولى لسنة ١٣٥٢هـ، مطبوع مع السنن الكبرى للبيهقي.

٢١. مالك : الامام مالك بن انس الأصبحي المتوفى سنة ١٧٩هـ : الموطأ : الناشر : دار احياء التراث العربي ، الطبعة لسنة ١٤٠٦هـ ، تحقيق عبد الباقي.

٢٢. النسائي : أحمد بن شعيب بن علي المتوفى سنة ٣٠٣هـ : سنن النسائي ، الناشر : المطبعة المصرية-القاهرة ، الطبعة لسنة ١٣٤٨هـ.

٢٣. النووي : ابو زكريا النووي المتوفى سنة ٦٧٦هـ : صحيح مسلم بشرح النووي ، الناشر : دار احياء التراث العربي ، الطبعة الثانية لسنة ١٣٩٢هـ.

٢٤. مسلم : ابو الحسن مسلم بن الحجاج القوشيري النيسابوري : المتوفى سنة ٢٦١هـ : صحيح مسلم ، الناشر : دار الفكر بيروت ، الطبعة الاولى لسنة ١٤٠٣هـ.

ثالثا : كتب الأصول والقواعد الفقهية :

١. أمير حاج : القاضي محمد بن أمير حاج ت(٨٧٩هـ) : شرح التقرير والتحبير ، الناشر : دار الكتب العلمية بيروت ، الطبعة الثانية لسنة ١٤٠٣هـ.

٢. ابن تيمية : تقي الدين بن تيمية : احمد بن عبد الحليم بن عبد السلام بن تيمية المتوفى ٧٢٨هـ : القواعد النورانية الفقهية ، الناشر : دار الكتب العلمية-بيروت ، الطبعة لسنة ١٤١٤هـ.

٣. العطار : حسن العطار : حاشية العطار على جمع الجوامع ، الناشر : دار الكتب العلمية بيروت ، بلا طبعة.

٤. الحموي : احمد بن محمد بن الحنفي الحموي المتوفى في القرن الحادي عشر الهجري: غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر ، الناشر : دار الكتب العلمية-بيروت ، الطبعة الاولى لسنة ١٤٠٥هـ.

٥. ابن رجب : عبد الرحمن بن رجب : القواعد في الفقه ، الناشر : مكتبة الكليات الأزهرية، الطبعة الأولى.

٦. الزرقاء : احمد بن الشيخ احمد الزرقاء : شرح القواعد الفقهية ، الناشر : دار القلم دمشق، الطبعة الثانية لسنة ١٤٠٩هـ.

٧. السلمي : ابو محمد عز الدين بن عبد العزيز بن عبد السلام (ت ٦٦٠هـ) : قواعد الأحكام في مصالح الأنام ، الناشر : دار الجيل ، الطبعة الثانية لسنة ١٤٠٠هـ.

٨. السيوطي : جلال الدين عبد الرحمن السيوطي (ت ٩١١هـ) : الأشباه والنظائر في قواعد وفروع الشافعية ، الناشر : مصطفى البابي الحلبي وأولاده-القاهرة ، الطبعة لسنة ١٣٧٨هـ.

٩. الشاطبي : ابو اسحق الشاطبي (ت ٧٩٠هـ) : الموافقات في اصول الشريعة الاسلامية، الناشر : المكتبة التجارية الكبرى-القاهرة ، الطبعة بلا.

١٠. ابن عابدين : محمد أمين : رسالة نشر العرف ضمن مجموعة رسائل بن عابدين ، الناشر : الاستانة.

١١. القرافي : احمد بن ادريس بن عبد الرحمن المشهور بالقرافي (ت ٦٨٤هـ) : الفروق ومعه حاشية ابن الشاط الأنصاري ، الناشر : دار احياء الكتب العربية-القاهرة ، الطبعة الأولى لسنة ١٣٤٦هـ.

١٢. القرافي : أحمد بن ادريس بن عبد الرحمن المشهور بالقرافي (ت ٦٨٤هـ) : شرح تنقيح الفصول ، الناشر : دار الفكر ، الطبعة الأولى لسنة ١٤١٨هـ.

١٣. ابن نجيم : زين العابدين بن ابراهيم بن نجيم (ت ٩٧٠هـ) : الأشباه والنظائر ، الناشر : مؤسسة الحلبي وشركاه ، الطبعة لسنة ١٣٧٨هـ ، الناشر : دار الكتب العلمية ، بيروت ، الطبعة لسنة ١٤٠٠هـ.

١٤. النسفي : ابو البركات عبد الله بن أحمد النسفي : كشف الأسرار شرح المصنف على منار الأنوار، الناشر : دار الفكر ، الطبعة الأولى لسنة ١٤٠٦هـ.

١٥. ابن نجيم : زين العابدين بن ابراهيم بن نجيم (ت ٩٧٠هـ) : الأشباه والنظائر ، الناشر : مؤسسة الحلبي وشركاه ، الطبعة لسنة ١٣٧٨هـ ، الناشر : دار الكتب العلمية ، بيروت ، الطبعة لسنة ١٤٠٠هـ.

رابعاً : كتب المذاهب الفقهية :

أ. كتب الفقه الحنفي :

١. البابرتي : كمال الدين محمد بن محمود البابرتي (ت ٧٨٦هـ) : العناية على الهداية ، الناشر: دار الفكر ، الطبعة الاولى لسنة ١٤٠١هـ. (وهو مطبوع مع فتح القدير).

٢. البغدادي : أبو محمد بن غانم بن محمد البغدادي : مجمع الضمانات في مذهب الامام الأعظم ابو حنيفة النعمان ، الناشر : عالم الكتب ، الطبعة لسنة ١٣٠٨هـ.

٣. الحصفكي : علاء الدين الحصفكي : الدر المختار شرح تنوير الابصار ، متن حاشية بن عابدين ، الناشر : دار الفكر ، بيروت ، الطبعة الثانية.

٤. حيدر : علي حيدر : درر الحكام شرح مجلة الأحكام ، تعريب المحامي فهمي الحسيني، الناشر : المطبعة السلفية القاهرة.

٥. داماد : عبد الرحمن بن محمد بن سليمان المعروف بداماد (ت ١٠٧٨) : مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر ، الناشر : دار احياء التراث العربي-وحلي بالشرح المسمى بدر المنتقى في شرح الملتقى.

٦. زاده : شمس الدين احمد بن قودر قاضي زاده أفندي قاضي عسكر : نتائج الافكار في كشف الرموز والاسرار ، الناشر : دار الفكر ، بيروت ، الطبعة الثانية لسنة ١٣٩٧.

٧. السرخسي : شمس الدين محمد بن سهل السرخسي (ت ٣٨٤هـ) : المبسوط ، الناشر: دار المعرفة بيروت-لبنان ، الطبعة لسنة ١٤٠٦هـ.

٨. السعدي : ابو الحسن علي بن الحسين بن محمد السعدي : النتف في الفتاوي تحقيق صلاح الدين ، الناشر : مؤسسة الرسالة-بيروت ، دار الفرقان-عمان ، بلا طبعة.

٩. ابن عابدين : محمد امين الشهير بابن عابدين (ت ١٢٥٢هـ) : حاشية رد المحتار على الدر المختار ، الناشر : دار الفكر ، الطبعة الثانية لسنة ١٣٨٦هـ.

١٠. العيني : ابو محمد محمود بن احمد العيني : البناية في شرح الهداية ، الناشر : دار الفكر-بيروت ، الطبعة الأولى لسنة ١٤٠١هـ.

١١. ابن القاضي : محمد بن اسماعيل المشهور بابن القاضي سماوة الحنفي : جامع الفصولين ، الناشر : المطبعة الأزهرية-القاهرة ، الطبعة الأولى لسنة ١٣٠٠هـ.

١٢. الكاساني : علاء الدين ابو بكر بن مسعود الكاساني (ت ٥٧٨هـ) : بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، الناشر : دار الكتب العلمية-بيروت ، الطبعة الثانية لسنة ١٤٠٠هـ.

١٣. الموصلي : عبد الله بن محمود الموصلي الحنفي (ت ٦٨٣هـ) : الاختيار لتعليل المختار : الناشر : مصطفى البابي الحلبي ، الطبعة الثانية لسنة ١٣٧٠هـ.

١٤. الميداني : عبد الغني الغنيمي الدمشقي الميداني الحنفي : اللباب في شرح الكتاب على القدوري ، الناشر : المكتبة العلمية-بيروت ، الطبعة لسنة ١٤١٣هـ.

١٥. الميرغناني : ابو الحسن علي بن ابي بكر عبد الجليل الرشداني الميرغناني (ت ٥٩٣): الهداية شرح بداية المبتدي.

١٦. ابن نجيم : زين العابدين بن ابراهيم بن نجيم (ت ٩٧٠هـ) : البحر الرائق شرح كنز الدقائق، الناشر : دار المعرفة-بيروت، الطبعة الثانية.

١٧. نظام ومجموعة من علماء الهند : الفتاوي الهندية ، الناشر : دار احياء التراث العربي-بيروت ، الطبعة الرابعة لسنة ١٤٠٦هـ ، وبهامشه فتاوي قاضي خان لفخر الدين حسن الفرغاني.

١٨. ابن الهمام : كمال الدين محمد بن عبد الواحد الشيواسي السكندري المعروف بابن الهمام الحنفي ت(٦٨١هـ) : شرح فتح القدير على الهداية شرح بداية المبتدأ للميرغناني ومعه شرح العناية على الهداية للإمام البابرتي وحاشية الموفق ، الناشر : دار الفكر -بيروت ، الطبعة الثانية لسنة ١٣٩٧هـ.

ب. كتب الفقه المالكي :

١. الآبي : عبد السميع الآبي الأزلي الأزهري : الثمر الداني في تقريب المعاني : شرح رسالة ابي زيد القيرواني ، الناشر : دار الفكر للطباعة-بيروت.

٢. الآبي : الشيخ صالح عبد السميع الآبي الأزهري : جواهر الإكليل ، الناشر دار الكتب العلمية بيروت ، الطبعة الاولى لسنة ١٤١٨هـ.

٣. الباجي : القاضي ابو الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن ايوب بن وارث الباجي (ت ٤٩٤هـ) : المنتقى شرح الموطأ ، الناشر : مطبعة السعادة-القاهرة ، الطبعة الأولى لسنة ١٣٣٢ ، الطبعة الثانية دار الكتاب الاسلامي-القاهرة.

٤. البغدادي : القاضي ابو محمد عبد الوهاب البغدادي المالكي (ت ٤٢٢هـ) : المعونة على مذهب عالم المدينة على مذهب الامام مالك ، الناشر : دار الفكر-بيروت ، الطبعة لسنة ١٤١٥هـ ، تحقيق حميش عبد الحق.

٥. البغدادي : القاضي ابو محمد عبد الوهاب البغدادي المالكي (ت ٤٢٢هـ) : التلقين في الفقه المالكي ، الناشر : دار الفكر-بيروت ، الطبعة لسنة ١٤١٥هـ ، تحقيق محمد ثالث الغاني.

٦. التسولي : ابو الحسن علي بن عبد السلام التسولي : البهجة في شرح التحفة على الارجوزة المسماة بتحفة الحكام ، الناشر : دار الرشاد الحديثة-الدار البيضاء ، الطبعة لسنة ١٤١٢هـ.

٧. التاودي : محمد التاودي حلى المعاصم شرح تحفة ابن عاصم ، مطبوع بهامش البهجة شرح التحفة ، الناشر : دار الرشاد الحديثة-الدار البيضاء ، الطبعة لسنة ١٤١٢هـ.

٨. ابن جزي : محمد بن احمد بن جزي الكلبي الغرناطي المالكي (ت ٧٤١هـ) : القوانين الفقهية ، الناشر : دار الفكر-بيروت ، الطبعة بلا.

٩. الحطاب : ابو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المعروف بالحطاب الرعيني (ت ٩٥٤هـ) : مواهب الجليل شرح مختصر خليل ، الناشر : دار الكتب العلمية-بيروت ، الطبعة الأولى لسنة ١٤١٦هـ ، ضبطه الشيخ زكريا اعميرات.

١٠. الخرشي : ابو عبد الله محمد الخرشي : الخرشي على مختصر سيدي خليل وبهامشه حاشية الشيخ علي العدوي الصعيدي ، الناشر : دار الكتاب الاسلامي-القاهرة ، الطبعة الثانية ، لسنة ١٣١٧.

١١. الدردير : احمد الدردير ، الشرح الكبير ، الناشر : دار احياء الكتب العربية ، عيسى البابي الحلبي ، الطبعة لسنة ١٣٧٣هـ ، مطبوع مع حاشية الدسوقي.

١٢. الدردير : احمد الدردير ، الشرح الصغير ، الطبعة لسنة ١٣٧٢هـ ، مطبوع مع بلغة السالك.

١٣. الدسوقي : شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي : حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، الناشر : دار احياء الكتب العربية عيسى البابي الحلبي ، الطبعة لسنة ١٣٧٣هـ، ومعه الشرح الكبير لشيخ احمد الدردير.

١٤. ابن رشد الجد : ابو الوليد محمد بن احمد بن رشد (ت ٥٢٠هـ) : المقدمات الممهدات لبيان ما اقتضته رسوم المدونة من الأحكام الشرعيات والتحصيلات المحكمات لأمهات مسائلها المشكلات ، الناشر : مكتبة المثنى-بغداد ، الطبعة لسنة ١٣٢٥هـ.

١٥. ابن رشد الحفيد : محمد بن احمد بن رشد القرطبي الاندلسي المالكي (ت ٥٩٥هـ) : بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، الناشر : دار المعرفة-بيروت ، الطبعة السادسة لسنة ١٤٠٣هـ.

١٦. الزرقاني : يوسف عبد الباقي بن يوسف الزرقاني المتوفى سنة ١٠٩٩هـ : شرح الزرقاني على سيدي خليل ، الناشر : دار الفكر-بيروت ، الطبعة بلا.

١٧. الشاذلي : ابو الحسن الشاذلي : كفاية الطالب الرباني شرح رسالة ابي زيد القيرواني ومعه حاشية الشيخ علي العدوي الصعيدي ، الناشر : مطبعة مصطفى البابي الحلبي-القاهرة ، الطبعة لسنة ١٣٥٧هـ.

١٨. احمد بن محمد الصاوي (ت ١٢٣١هـ) : بلغة السالك لأقرب المسالك الى مذهب الامام مالك وبهامشه الشرح الصغير لدردير ، الطبعة لسنة ١٣٧٢هـ.

١٩. القرافي : احمد بن ادريس بن عبد الرحمن المشهور بالقرافي (ت ٦٨٤هـ) : الذخيرة، الناشر : دار العرب الاسلامي ، الطبعة الأولى لسنة ١٩٩٤م.

٢٠. القرطبي : ابو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر التمري القرطبي : الكافي في فقه اهل المدينة المالكي ، الناشر : مكتبة الرياض الحديثة-الرياض ، الطبعة الثانية لسنة ١٤٠٠هـ.

٢١. الكافي : محمد بن يوسف الكافي : احكام الاحكام على تحفة الحكام ، الناشر : دار الكتب العلمية –بيروت ، الطبعة الأولى لسنة ١٤١٥هـ ، شرح وتعليق مأمون محي الدين الحنان.

٢٢. مالك : الامام مالك بن انس الأصبحي امام دار الهجرة : المدونة الكبرى –لرواية الامام سحنون عن ابن القاسم ، الناشر : دار صادر–بيروت ، الطبعة الاولى ، دار الفكر–بيروت ، بلا طبعة.

٢٣. المواق : ابو عبد الله محمد بن يوسف العبدلي الشهير بالمواق ، المتوفى سنة ٨٩٧هـ: التاج والإكليل لمختصر خليل–مطبوع بهامش مواهب الجليل للحطاب.

٢٤. النفراوي : احمد بن غنيم بن سالم بن مهنا النفراوي المالكي (ت ١١٢٥هـ) : الفواكه الدواني على رسالة ابي زيد القيرواني ، الناشر : دار الفكر–بيروت ، الطبعة بلا.

ج. كتب الفقه الشافعي :

١. الأردبيلي : يوسف الأردبيلي : الأنوار لأعمال الأبرار ، الناشر : مطبعة المدني ، القاهرة ، مؤسسة الحلبي وشركاه للتوزيع ، الطبعة لسنة ١٣٨٩هـ.

٢. البيجوري : ابراهيم البيجوري ، البيجوري على شرح العلامة ابن قاسم الغزي على متن الشيخ ابي شجاع ، الناشر : دار الفكر–بيروت ، بلا طبعة .

٣. الجمل : سليمان الجمل ، حاشية الجمل على شرح المنهج ، الناشر : دار الكتب العلمية–بيروت ، الطبعة الاولى لسنة ١٤١٧هـ.

٤. الحصيني : ابو بكر بن محمد الحصيني الدمشقي (ت ٨٢٩هـ) : كفاية الاخيار في حل غاية الاختصار ، الناشر : دار الفكر ، الطبعة لسنة ١٣٤٧هـ.

٥. الخطيب الشربيني : شمس الدين محمد بن احمد الشربيني الخطيب ، الاقناع في حل الفاظ ابي شجاع ، الناشر : دار المعرفة ، بيروت.

٦. الرملي : شمس الدين محمد بن ابي العباس احمد بن حمزة بن شهاب الدين الشهير بالشافعي الصغير (ت ١٠٠٤هـ) : نهاية المحتاج الى شرح المنهاج ومعه حاشية الشبراملسي ، الناشر : مصطفى البابي الحلبي –القاهرة ، الطبعة لسنة ١٣٨٦هـ.

٧. السبكي : الامام عبد علي بن عبد الكافي السبكي ، التكملة للمجموع شرح المهذب ، الناشر: دار الفكر ، بلا طبعة.

٨. الشافعي : ابو عبد الله محمد بن ادريس الشافعي (١٥٠-٢٠٤هـ) : الأم ، الناشر : دار المعرفة-بيروت ، الطبعة لسنة ١٣٨٨هـ.

٩. الشربيني : محمد الشربيني الخطيب من أعيان القرن العاشر الهجري : مغني المحتاج الى معرفة الفاظ المنهاج على متن منهاج الطالبين ، الناشر : دار الفكر-القاهرة ، الطبعة لسنة ١٩٥٩م.

١٠. الشيرازي : ابو اسحق ابراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي (ت ٤٧٦هـ) : المهذب، الناشر : دار القلم-دمشق ، الطبعة الأولى لسنة ١٤١٧هـ.

١١. الغزالي : محمد بن محمد بن محمد الغزالي (ت ٥٠٥هـ) : الوسيط في المذهب ، الناشر : دار السلام ، الطبعة الاولى لسنة ١٤١٧هـ، حققه أحمد ابراهيم ، محمد تامر.

١٢. الرافعي : عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم الرافعي القزويني الشافعي (ت ٦٢٣هـ): العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير ، الناشر : دار الكتب العلمية ، بيروت ، الطبعة الاولى لسنة ١٤١٧هـ ، تحقيق علي معوض.

١٣. ابن القاسم : ابن القاسم الشافعي : حاشية ابن القاسم مطبوع مع شرح زكريا الأنصاري على متن البهجة ، الناشر : المطبعة الميمنية-مصر.

١٤. قليوبي وعميرة : شهاب الدين القليوبي والشيخ عميرة ، حاشية القليوبي وعميرة. الناشر دار احياء الكتب العربية ، عيسى البابي الحلبي-مصر.

١٥. الماوردي : ابو الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري : الحاوي الكبير شرح مختصر المزني ، الناشر : دار الكتب العلمية-بيروت ، الطبعة الاولى لسنة ١٤١٤هـ.

١٦. الانصاري : ابو يحيى زكريا الانصاري (ت ٩٢٥هـ) ، فتح الوهاب شرح منهج الطلاب وفي الهامش منهج الطلاب والرسائل الذهبية ، الناشر : دار المعرفة-بيروت.

١٧. النووي : محي الدين بن شرف النووي (ت ٦٧٦هـ) : المجموع شرح المهذب ، الناشر : دار الفكر-بيروت ، الطبعة لسنة ١٣٤٧هـ.

١٨. النووي : محي الدين بن شرف النووي (ت ٦٧٦هـ) : روضة الطالبين وعمدة المفتين ، الناشر : دار الكتب العلمية ، الطبعة الاولى لسنة ١٤١٢هـ.

د. كتب الفقه الحنبلي :

١. ابو البركات : مجد الدين ابو البركات عبد السلام بن عبد الله الحراني (ت ٦٥٢هـ): المحرر في الفقه ، الناشر : مطبعة السنة المحمدية القاهرة ، الطبعة لسنة ١٣٦٩هـ.

٢. البعلي : علا الدين ابو الحسن علي بن محمد بن عباس البعلي الدمشقي (ت ٨٠٣هـ): الاختيارات الفقهية من فتاوي ابن تيمية ، الناشر : دار المعرفة-بيروت ، تحقيق محمد الفقي.

٣. البهوتي : منصور بن يونس بن ادريس البهوتي (ت ١٠٥١هـ) : كشاف القناع عن متن الاقناع ، الناشر : دار الفكر ، الطبعة لسنة ١٤٠٢هـ.

٤. ابن تيمية : تقي الدين بن تيمية : احمد بن عبد الحليم بن عبد السلام بن تيمية المتوفى ٧٢٨هـ : مجموع فتاوي ابن تيمية ، الناشر : مطبعة كردستان العلمية-القاهرة الطبعة لسنة ١٣٢٠هـ.

٥. ابن تيمية : تقي الدين بن تيمية : احمد بن عبد الحليم بن عبد السلام بن تيمية المتوفى ٧٢٨هـ : مجموع الرسائل والمسائل ، الناشر : دار الكتب العلمية-بيروت ، الطبعة الثانية لسنة ١٩٩٢م.

٦. ابن القيم : محمد بن ابي بكر المعروف بابن قيم الجوزية (ت ٧٥١هـ) أعلام الموقعين عن رب العالمين ، الناشر : مطبعة السعادة-القاهرة ، الطبعة الثانية لسنة ١٣٧٤هـ.

٧. الزركشي : شمس الدين محمد بن عبد الله الزركشي الحنبلي المصري (ت ٢٧٢هـ)، شرح الزركشي على مختصر الخرقي ، الناشر مكتبة الاعبيكان ، الطبعة الاولى لسنة ١٤١٣هـ ، حققه عبد الله الجبرين.

٨. ابن ضويان : ابراهيم بن محمد بن سالم بن ضويان : منار السبيل في شرح الدليل وعليه حاشية النكت والفوائد على منار السبيل ، الناشر : مكتبة المعارف-الرياض ، الطبعة الثانية لسنة ١٤٠٥هـ.

٩. ابن قدامة : موفق الدين ابو محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة (ت ٦٣٠هـ) : المغني على مختصر الخرقي وعليه الشرح الكبير لشمس الدين ابي الفرج عبد الرحمن بن قدامة المقدسي، الناشر : دار الكتاب العربي-بيروت ، الطبعة لسنة ١٤٠٣هـ.

١٠. ابن قدامة : موفق الدين ابي محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي (ت ٦٣٠هـ): الكافي في فقه الامام احمد ، الناشر : دار الكتب العلمية-بيروت ، الطبعة الاولى لسنة ١٤١٤هـ.

١١. المرداوي : علاء الدين ابي الحسن علي بن سليمان المرداوي (ت ٨٨٥هـ) ، الانصاف ، الناشر: مطبعة السنة المحمدية ، الطبعة لسنة ١٣٧٤هـ ، حققه محمد الفقي.

١٢. ابن نجيم : زين العابدين بن ابراهيم بن نجيم (ت ٩٧٠هـ) : الأشباه والنظائر ، الناشر : مؤسسة الحلبي وشركاه ، الطبعة لسنة ١٣٧٨هـ ، الناشر : دار الكتب العلمية ، بيروت ، الطبعة لسنة ١٤٠٠هـ.

١٣. الفتوحي : تقي الدين محمد بن احمد الفتوحي الحنبلي الشهير بابن النجار : منتهى الارادات في جمع المقنع مع التنقيح وزيادات ، الناشر : عالم الكتب تحقيق عبد الغني عبد الخالق.

هـ. كتب الفقه الظاهري :

١. ابن حزم : ابو محمد علي بن احمد بن سعيد بن حزم الظاهري (ت ٤٥٦هـ) : المحلي ، الناشر : دار الفكر-بيروت.

خامسا : كتب فقهية حديثة وقانونية:

١. الابياني : محمد زيد الابياني : شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية ، الناشر : مطبعة الشعب-القاهرة ، الطبعة لسنة ١٣٢١هـ.

٢. البوطي : محمد توفيق رمضان البوطي : البيوع الشائعة وأثر ضوابط المبيع على شرعيتها ، الناشر : دار الفكر-دمشق ، دار الفكر بيروت ، الطبعة الاولى لسنة ١٤١٩هـ.

٣. بدران : بدران ابو العنين بدران : الشريعة الاسلامية ، تاريخها ونظرية الملكية والعقود، الناشر : مؤسسة سباب الجامعة-الاسكندرية ، الطبعة لسنة ١٩٨٦م.

٤. الثنيان : سليمان بن ابراهيم الثنيان : الجوائح وأحكامها ، الناشر : دار عالم الكتب-الرياض، الطبعة لسنة ١٤١٣هـ.

٥. حماد : نزيه حماد :عقد القرض في الشريعة الاسلامية ، الناشر : دار القلم دمشق الطبعة الأولى ١٤١١هـ.

٦. الدرعان : عبد الله بن عبد العزيز الدرعان : التصرف الانفرادي وأثره في بناء العقود والالتزامات في الفقه الاسلامي ، الناشر : مكتبة التوبة-الرياض ، الطبعة الاولى لسنة ١٤١٣هـ.

٧. الزرقاء : مصطفى الزرقاء : المدخل الفقهي العام ، الناشر : مطبعة الجامعة السورية-دمشق ، الطبعة لسنة ١٣٧١هـ.

٨. ابو زهرة : محمد ابو زهرة ، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الاسلامية ، الناشر : مطبعة فتح الله الياس نوري-القاهرة ، الطبعة الاولى لسنة ١٣٥٧.

٩. زيدان : عبد الكريم زيدان ، المدخل لدراسة الشريعة الاسلامية ، الناشر : مؤسسة الرسالة ، الطبعة ١٥.

١٠. السنهوري : عبد الرزاق السنهوري : مصادر الحق في الفقه الاسلامي ، الناشر مطبعة دار المعارف-مصر ، الطبعة لسنة ١٩٦٧م.

سادسا : كتب اقتصادية واقتصاد اسلامي :

١. جمال : غريب جمال : المصارف والاعمال المصرفية ، الناشر : مؤسسة الرسالة ، دار الشروق ، الطبعة لسنة ١٣٩٢هـ.

٢. خفاجي : محمد عبد المنعم خفاجي : الاسلام ونظرية الاقتصاد ، الناشر : دار الكتاب اللبناني-بيروت ، الطبعة الاولى لسنة ١٣٩٣هـ.

٣. السالوس : علي احمد السالوس : المعاملات المالية المعاصرة في ميزان الفقه الاسلامي ، الناشر : مكتبة الفلاح-الكويت ، الطبعة الاولى سنة ١٤٠٦هـ.

٤. عبده : عيسى عبده : العقود الشرعية الحاكمة للمعاملات المالية المعاصرة ، الناشر : دار الاعتصام ، الطبعة الاولى لسنة ١٣٩٧هـ.

٥. ملحم : احمد سالم عبد الله ملحم : بيع المرابحة وتطبيقاتها في المصارف الاسلامية ، الناشر: مكتبة الرسالة الحديثة-عمان ، الطبعة الاولى لسنة ١٤١٠هـ.

٦. الهمشري : مصطفى عبد الله الهمشري : الاعمال المصرفية والاسلام ، الناشر المكتب الاسلامي-بيروت ، الطبعة الثانية لسنة ١٤٠٣هـ.

سابعا : كتب اللغة والمعاجم:

١. ابو جيب : سعدي ابو جيب : القاموس الفقهي ، الناشر : دار الفكر.

٢. البستاني : بطرس البستاني ، محيط المحيط ، طبعة جديدة لسنة ١٩٨٧.

٣. الجرجاني : على بن محمد الشريف الجرجاني : التعريفات ، الناشر مكتبة لبنان-بيروت ، الطبعة لسنة ١٩٦٩م.

٤. الجوهري : اسماعيل بن حماد الجوهري : تاج اللغة وصحاح العربية ، الناشر : دار العلم للملايين-بيروت.

٥. الزبيدي : محب الدين ابو فيض السيد محمد مرتضى الحسيني الواسطي الزبيدي الحنفي : تاج العروس من جواهر القاموس ، الناشر : دار الفكر ، دار مكتبة الحياة-بيروت ، تحقيق علي رشدي.
٦. الزمخشري : جار الله محمود بن عمر الزمخشري (ت ٥٣٨هـ) : اساس البلاغة ، الناشر: دار الكتب المصرية-القاهرة ، الطبعة لسنة ١٣٤١هـ.
٧. الزيات : احمد حسن الزيات ورفاقه : المعجم الوسيط.
٨. عبد المنعم : محمود عبد الرحمن عبد المنعم : معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية ، الناشر: دار الفضيلة-القاهرة.
٩. الشرباصي : احمد الشرباصي : المعجم الاقتصادي الاسلامي ، الناشر : دار الجيل ، الطبعة لسنة ١٤٠١هـ.
١٠. ابن فارس : ابو الحسين احمد بن فارس بن زكريا (ت ٣٩٥هـ) : معجم مقاييس اللغة، الناشر : دار الفكر ، الطبعة الاولى لسنة ١٣٦٨هـ ، تحقيق عبد السلام هارون.
١١. الفيومي : احمد بن محمد بن علي الفيومي (ت ٧٧٠هـ) ، الناشر : المطبعة الاميرية-بولاق ، الطبعة الثانية لسنة ١٣٢٤هـ.
١٢. ابن منظور : ابو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور (ت ٧١١هـ) : لسان العرب ، الناشر : دار صادر-بيروت.

ثامنا : كتب تراجم الرجال :

١. ابن الجوزي : جمال الدين ابي الفرج بن الجوزي : صفوة الصفوة ، الناشر دار المعرفة بيروت ، الطبعة ٣ لسنة ١٤٠٥هـ.
٢. الداودي : شمس الدين محمد بن علي بن أحمد الداودي : طبقات المفسرين ، الناشر : مكتبة وهبي- القاهرة ، حققه علي عمر.

٣. الذهبي : شمس الدين الذهبي : سير اعلام النبلاء ، الناشر : مؤسسة الرسالة ، الطبعة السابعة ١٤١٠هـ، تحقيق شعيب أرناؤوط ، الطبعة الثانية لسنة ١٤٠٢هـ.
٤. الزركلي : خير الدين الزركلي : الاعلام ، الناشر : دار العلم للملايين ، الطبعة الخامسة.
٥. ابن السبكي : تاج الدين السبكي ، طبقات الشافعية ، الناشر عيسى البابي الحلبي-القاهرة ، الطبعة الاولى لسنة ١٩٦٤م ، ودار المعرفة بيروت ، الطبعة الثانية.
٦. كحالة : عمر رضا كحالة : معجم المؤلفين ، الناشر : دار احياء التراث العربي-بيروت.
٧. العسقلاني : احمد بن حجر العسقلاني : الاصابة في تمييز الصحابة ، الناشر : المكتبة التجارية-مصر ، الطبعة لسنة ١٩٣٩م.
٨. ابن العماد : ابو الفلاح عبد الحسن بن العماد الحنبلي : شذرات الذهب في أخبار من ذهب ، الناشر : دار الآفاق-بيروت.
٩. غربال : محمد شفيق غربال : الموسوعة العربية الميسرة ، الناشر : دار الجيل ، الطبعة لسنة ١٤١٦هـ.
١٠. اللكنوي : ابو الحسنات محمد عبد الحي اللكنوي الهندي : الفوائد البهية في تراجم الحنفية ، الناشر : دار المعرفة-بيروت.
١١. النووي : محي الدين بن شرف النووي : تهذيب الاسماء واللغات ، الناشر : ادارة الطباعة المنيرية -مصر.
١٢. ابن مفلح : برهان الدين ابراهيم بن محمد بن عبد الله بن فلح : المقصد الأرشد في ذكر أصحاب احمد ، الناشر : مكتبة الرشيد-الرياض ، الطبعة الأولى لسنة ١٤١٠هـ.

فهرس المحتويات

ملخص البحث

القبض وأثره في العقود

الحمد لله رب العالمين حمد الشاكرين العارفين على عظيم منته وتوفيقه لما فيه الخير والصلاح ، والصلاة والسلام على رسوله الطاهر المبعوث بشيرا للمؤمنين ونذيرا للكافرين المؤيد بالقرآن المجيد وعلى آله وأصحابة الأطهار الطيبين ومن والأهم الى يوم الدين.

هذا البحث مقدم من الطالب منصور عبد اللطيف منصور صوص بإشراف الدكتور جمال أحمد زيد الكيلاني ، الأستاذ المساعد في كلية الشريعة ، قسم الفقه والتشريع في جامعة النجاح الوطنية-نابلس ، لنيل درجة الماجستير في الشريعة الإسلامية ، وتهدف هذه الدراسة الى الوقوف على مفهوم القبض وحكمه وآثاره في العقود ، وابراز الحكم الإسلامي في هذه القضية وخاصة ما استجد منها.

فالمعاملات المالية لب المقاصد الدينية لإصلاح الحياة البشرية فجاءت أحكامها ودقة قواعدها وقابليتها الفذة للاتساع والتكيف على أصول منضبطة محكمة ، فكانت دينا ملزما. ومن أهم موضوعات المعاملات المالية العقد ، إذ هو قلبها النابض وعليه تدار ، والعقد من الموضوعات الفقهية التي عني الفقهاء كثيرا به وألفت الكتب والرسائل الكثيرة والمختلفة في تفريعاته وبعد النظر في هذا الجانب والاستشارة والاستخارة رأيت أن ابحث في جزئية متعلقة بالعقد وهي القبض لما له من الأهمية في استقرار المعاملات المالية إذ هو ثمرة العقود ومقاصدها والوفاء بها ، ولما يترتب على عدمه في بعض العقود من البطلان. وللقبض علاقة وثيقة بالعقد فهو احد موجبات العقد وأثر من آثاره وقد اعتبر القبض في عقود التبرعات ، حيث وردت القاعدة الفقهية التي تقول لا يتم

التبرع الا بالقبض ، وضابط القبض هو العرف ما لم يرد نص بذلك ولتغيير العرف بتغير الأزمان والأمكان تتغير طرق القبض ، ومعظم أقوال الفقهاء في القبض ترجع الى أعراف زمانهم وهي ليست حجة على أعراف زماننا ، فتبعا لذلك استجدت طرق للقبض كالتسجيل في السجل العقاري ، وتعددت طرق القبض بحسب وجود المراد اقباضه إما أن يكون بيد من وجب عليه الاقباض أو يكون بيد المستحق له ، فيكون القبض بالمناولة والتخلية والاتلاف الى غير ذلك ، أما إذا كان الشيء المستحق بيد مستحقه فيكون وجوده بيده قبض إذا كان أقوى من القبض السابق أو مماثلا له ، ومما سبق بيانه يتبن أن القبض ينقسم الى قسمين رئيسين قبض حقيقي وهو استيلاء على المحل باتصال فعل منه اليه ويصير به قابضا والقبض الحكمي الاعتباري بحيث يعتبر الشارع له صفة الصلوح لأن تترتب عليه أحكام القبض الحقيقي وآثاره ، ومن حالاته اتحاد القابض والمقبض حيث الأصل عند الفقهاء منع ذلك الا في بعض المسائل كالأب والوصي يقبض ليتيميه ، ومنها المقاصة وهي قبض ما في ذمة القابض لنفسه ومنها اقتضاء أحد النقدين من الآخر وهو قبض ما ذمة غير القابض ، والقبض إما أن يكون مشروعا أي مأذونا به من قبل الشارع أو من قبل صاحب الحق المستحق له ، وإما أن يكون غير مشروع أي غير مأذون به لا من الشارع ولا من صاحب الحق المستحق له ، ولا بد من توافر شروط ليقع القبض صحيحا تترتب عليه آثاره كالأهلية والولاية والإذن وأن يكون مفرغا غير مشغول ومفرزا ، ولإشتراط القبض في العقود أثر يختلف من عقد لآخر ، فقد يكون شرط لصحة العقد كالصرف ، ورأس المال في السلم والأموال الربوية وقد يكون شرط لنقل الملكية واستقرارها كالهبة والوقف والعارية والقرض ، وقد يكون شرط للزوم العقد كالرهن والهبة والوقف وغيرها ، فإذا تم العقد

بكافة اركانه وشروطه وتم القبض فيترتب عليه آثاره المعتبرة شرعا كانتقال الضمـــان وانتقال التصرف ووجوب بذل العوض.

والقبض في المعاملات المالية المعاصرة كالتجارة الدولية حيـــث اعتـــبر ســـند الشحن وثيقة يقوم مقام تسليم البضاعة خاصة في ترتب آثاره عليه كانتقـــال الضمـــان والتصرف وبذل العوض هذا إذا تم العقد مباشرة بين المصدر والمستورد ، أما إذا كانت بواسطة المصرف عن طريق فتح الاعتمادات المستندية فإما أن يكون المصرف وكيـــلا أو شريكا للعميل فيكون قبض المصرف قبضا للعميل وإما أن يدخل المصرف كمرابـــح فيكون قبضه هنا قبضا لنفسه لا للعميل ولا بد من إجراء عقد آخــــر بيـــن المصـــرف والعميل بالتراضي. والحوالات المصرفية حيث اشترط الشرع لصحتها وجوب التقابض الحقيقي في المجلس فاعتبر إجراء القيود الحسابية والعميل داخل المصرف يقوم مقـــام القبض الحقيقي وكذلك قبض الشيك يعتبر قبضا لمحتواه ويتم بالمناولـــة او التظـــهير ، وقبض الأسهم يتم أيضا بالمناولة أو التظهير أو القيد في دفاتر الشركة.

أرجو أن أكون قد وفقت في هذه الدراسة والله أسأل أن يجعله لوجهـــه خالصـــا وينفع به مؤلفه وقارئه في الدنيا والآخرة إنه سميع الدعاء والحمد لله رب العالمين.

Holding and Its Impact on Contracts

By
Mansour A. Mansour Sous

Advisor
Dr. Jamal Kilani

All thanks are due to Allah for guiding me and granting me success to the best and righteousness. May Allah's peace and mercy be upon Prophet Mohammed sent as a messenger of good tidings to believors and a warner to infidels. To him the Holy Qur'an was revealed and the Holy Qur'an was his supporter. Also may Allah's peace upon the Prophet's companions who had never let him down during his da'wa to Islam.

This study aimed at investigating the concept of holding, its rule and its impact on contracts. It also highlighted Islamic rule in this matter particularly its own development.

Financial transactions are the core of religious purposes to reform human life. Their rules and accurate bases and flexibility came to accommodate and dapt to new conditions in accordance with standarized disciplined fundamentals. These rules and bases have become a religions binding. Contract is one of the most important financial transactions. The contract represents their pulstating heart. The contract, aqd in Arabic, is a fiqh subject which had drawn the Muslim jurisprudents. A lot has been published about it : books, theses and papers. After perusal of literature on contracts, I decided to investigate a subordinate part pertinent to contract: holding. Holding is of great importance in the stability of financial transactions. It is also considered the fruit, purpose and end of contracts: Its absence, in some contracts, results in the void of contracts. Holding is closely related to contract. It is one of its conditions and one of its results. Holding has also been considered in donation contracts.

One fiqh rule says that donation cannot be made except by holding. The general rule of holding is the convention or tradition unless there is a

Qur'anic text referring to that. However, times and places have changed and conventions, accordingly, have also changed. Means of holding have changed. Most of fiqh scholars' sayings about holding may be attributed to conventions of their own times. However, this is not an argument against the traditions of our own times. Several ways of holding have been developed.

One of these is real estate registration. The ways of holding have differed according to the thing intended to be held. It could be in the hands of holder or in the hands of the one paying it. In this context, holding can be in the form of handing over, vacating and destruction, etc.

If the thing due is in the hands of one due to him, its presence in his hand is called holding if it's more powerful than the previous holding or equal to it.

Holding falls into two major parts. One is real holding. It means controlling a place and the person becomes a holder. The holding becomes legal because it has necessitated implementation of real holding rules as well as bearing its consequences. One case is the unification of the holder and the receivable. Fiqh scholars don't allow this save cases like the one between a father and the legal guardian who holds for his orphan. Another is the purchase. This means the holder is receiving for himself. It could also be receiving for others. Holding might be legal or permissible, by religious scholars, or be one to whom holding is due. And holding might be illegal, according to a ruling of a religious scholar; that is to say, it is not permissible and the person to whom is due is not entitled.

There have to be conditions to make holding valid and proper. One is qualification or eligibility, trusteeship and permission. Holding has also to be sorted out. A provision in holding in contracts has an impact and this differs from one contract to another. This could be a condition to make the contract valid. One is cashing, capital and usury funds. It could be also a condition for the transfer of possession and its stability such as grants, endowment, loans, ... It might be also a condition for making the contract necessary: grants, endowment, pledges, ...

If the contract is completed with all its terms and elements and holding is finalized, this will have an impact legally such as the transfer of pledge, compensation and distribution .

Holding in contemporary financial transactions can also be seen in international trading. The bill of lading is a document that functions like goods delivery especially its impact on pledges, distribution and compensation. That is, if the contract is completed directly between the exporter and importer. However, if the transaction is completed through the bank by opening credit, the banking institution becomes the agent or a partner with the client. In this case, the bank's holding is a holding for the client. If the bank gets involved as a key partner, then its holding is a holding for itself not for the client. In this case, there is a need for another contract between the bank and the client.

Religious scholars conditioned bank drafts to be valid, to be held in the session of contract completion. Conducting accounting booking and the client inside the bank are like real holding.

Receiving checks is also considered a holding for its content. This is made by handing over on transfer by endorsement. Holding shares is also completed by handing over or transfer by endorsement or registration in company records.

An-Najah National University
Faculty of Higher Education

Holding and Its Impact on Contracts

Presented Master Thesis
By Students

Mansour A. Mansour Sous

Supervisor

Dr. Jamal Ahmad Zid Al-Kilani

Assistant Prof. At Shari'a Faculty

For the Fulfillment of Master's Degree Requirement in Figh and Tashreea' in the Faculty of Higher Education

An-Najah National University
Nablus-Palestine
2000 Ac-1421H